

UNIVERSITE François RABELAIS - TOURS
FACULTE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DES SCIENCES SOCIALES

ESSAI SUR LA CENTRALISATION ET LA DECENTRALISATION
REFLEXIONS A PARTIR DE LA THEORIE DE Ch. EISENMANN

Thèse pour le Doctorat d'Etat

Présentée et soutenue

Le 21 février 1994

Par *JOEL THALINEAU*

JURY:

Président

Monsieur Maurice BOURJOL, Professeur émérite de droit public, TOURS,

Suffragants

Monsieur Herbert MAISL, Professeur de droit public, NANTERRE,

Monsieur Serge REGOURD, Professeur de droit public, TOULOUSE,

Monsieur Bernard LEROUSSEAU, Professeur de droit public, TOURS,

Monsieur Michel HASTINGS, Professeur de Sciences Politiques, TOURS

Mademoiselle Bénédicte DELAUNAY, Maître de conférences de droit public, TOURS.

SOMMAIRE

Introduction, p. 4

1^{ère} partie: La centralisation - décentralisation, élément d'un mode de production des actes juridiques, p 9

Chapitre I) La centralisation - décentralisation se rattache à la production des actes juridiques, p 10

Section I) Le pouvoir normatif dans un système juridique hiérarchisé, objet de la centralisation - décentralisation, p 12

Section II) La centralisation - décentralisation, technique d'insertion des actes dans l'ordre juridique, p 34

Chapitre II) La centralisation - décentralisation se rattache à la séparation des pouvoirs, p 63

Section I) L'identification des rapports entre organes centraux et non centraux à l'exercice des facultés de statuer et d'empêcher, p 64

Section II) Facultés de statuer et d'empêcher; instruments de l'unité du pouvoir normatif, p 75

2^{ème} partie : La centralisation - décentralisation, modalité de la séparation des pouvoirs, p 111

Chapitre I) Les éléments de la distinction centralisation - décentralisation, p 111

Sous - chapitre I) : La recherche de critères, un préalable nécessaire, p 112

Section I) L'impuissance d'une démarche doctrinale descriptive, p 112

Section II) Des critères objectifs contestés, p 117

Sous - Chapitre II) Les données d'une définition de la centralisation - décentralisation, p 129

Section I) La distinction des organes centraux et non centraux, p 129

Section II) L'exercice toujours discrétionnaire des facultés, p 148

Chapitre II) L'organisation des facultés de statuer et d'empêcher, critère de la centralisation - décentralisation, p 168

Sous - Chapitre I) Les principes régissant cette organisation, p 168

Section I) Les modalités de la division de la faculté de statuer ne garantissent pas le monopole de son exercice, p 169

Section II) La faculté d'empêcher, garantie des facultés de statuer reconnues aux organes, p 192

Sous - Chapitre II) Les modalités de mise en oeuvre des principes, fondement des concepts, p 213

Section I) La centralisation ou le monopole de la faculté de statuer des organes centraux, p 213

Section II) la décentralisation ou le monopole de la faculté de statuer au profit d'organes non centraux, p 235

3^{ème} Partie : La pratique française de la division des facultés, p 279

Chapitre I) La France " collectivité locale ", p 280

Section I) La France " collectivité locale " dans la Communauté franco-africaine, p 280

Section II) La France " collectivité locale " en Europe, p 304

Chapitre II) La France des collectivités locales, p 352

Section I) La France déconcentrée, p 353

Section II) La France " déconcentrée ", p 388

Conclusion générale, p 423

Avertissement: Cette thèse n'engage que son auteur, l'Université F.RABELAIS de TOURS n'approuve, ni ne désapprouve son contenu.

Introduction

" Le local dans tous ses Etats "(¹). La majuscule rappelant que le local est dans l'Etat, le pluriel sonnant les ambitions du local; à l'évidence l'ambiguïté de la formule incitait à la réflexion, d'autant que le législateur avait été saisi peu de temps auparavant d'un projet de loi qui visait "une redistribution des pouvoirs entre l'Etat et les collectivités territoriales"(²).

La décentralisation était à l'ordre du jour et le débat "centralisation - décentralisation" était relancé (³). La recherche scientifique se focalisa sur ce mouvement. Cependant l'ensemble des études publiées ces dernières années, consacrées pour l'essentiel à l'évolution du droit positif en France, invitait à la reprise d'une analyse globale des rapports centre-périphérie. L'apparition de la libre administration (⁴) imposait, par ailleurs de situer ce nouvel "arrivant" au regard des notions de centralisation, décentralisation, déconcentration, Etat fédéral et Etat unitaire que Ch. EISENMANN (⁵) avait appréhendées dans sa réflexion générique autour des termes de centralisation-décentralisation.

Or, ainsi que le constate F.X. AUBRY, " depuis Ch. EISENMANN la théorie de la "décentralisation" n'a pas connu de nouveaux apports synthétiques "(⁶). Ceci ne manque pas de surprendre, car si l'analyse de Ch. EISENMANN est citée dans toutes les bibliographies consacrées au sujet, peu d'écrits s'en réclament ou s'y réfèrent expressément.

¹.Titre de la revue "Autrement", n° 47, Février 1983

².Exposé des motifs du projet de loi relatif aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, Doc. A.N., projet n° 105, Annexe au P.V. de la séance du 16/7/1981

³.Y. MENY Centralisation et décentralisation dans le débat politique français, L.G.D.J. 1974

⁴.Principe tiré de l'article 72 de la constitution française du 4/10/1958 et consacré par le Conseil Constitutionnel dans sa décision 79-104 DC du 23/5/1979, R.D.P.1979 p 1694, note L. FAVOREU

⁵.Ch. EISENMANN Centralisation et décentralisation, Esquisse d'une théorie générale, L.G.D.J. 1948

⁶.F.X. AUBRY La décentralisation contre l'Etat- L'Etat semi-centralisé, p 74, L.G.D.J. 1992

Une approche synthétique apparaissait utile sinon nécessaire. D'une part, la décentralisation telle que l'avait définie Ch. EISENMANN apparaissait comme une "fiction juridique" ⁽⁷⁾. D'autre part, le travail législatif débouchait sur une controverse non étrangère aux propos de Ch. EISENMANN, puisqu'elle concernait l'existence et l'autonomie du pouvoir réglementaire local ⁽⁸⁾ au regard du pouvoir réglementaire étatique.

L'étude de F.X. AUBRY dans le cadre de sa réflexion sur un retour à la légalité pose les bases d'une analyse renouvelée en établissant un inventaire des relations Etat-Collectivités en matière économique et d'aménagement du territoire, lieu qu'il privilégie en raison de la dilution de la légalité qui le caractérise. Il appréhende la question de la centralisation-décentralisation à partir du rapport unité/pluralisme qu'évoquent ces notions. Son propos, à cet égard, se situe dans le prolongement de l'analyse de Ch. EISENMANN pour lequel "centralisation signifie centre unique, unité de centre; décentralisation, centres multiples, pluralité de centres ..." ⁽⁹⁾. L'étude de sociologie juridique réalisée par F.X. AUBRY concernant les relations Etat-Collectivités en France en matière économique et d'aménagement du territoire débouche sur le constat de la nature globalement dépendante des collectivités à l'égard de l'Etat qu'il caractérise dans l'idée d'"un principe dominant de subsidiarisation des collectivités locales" ⁽¹⁰⁾.

Cependant l'auteur établit un certain nombre d'indices pour, à la façon de Ch. EISENMANN, établir "un "système de solutions possibles" afin de remédier à la crise de la légalité, notamment économique, dont la crise du critère de décentralisation n'est qu'un reflet " ⁽¹¹⁾. Il propose une "échelle du pluralisme territorial croissant" ⁽¹²⁾ regroupant les aspects formel,

7.F.X. AUBRY La décentralisation contre l'Etat, p 150; L.G.D.J. 1992

8.Voir les cahiers du C.F.P.C. Octobre 1983, p 5 & s à propos du statut de la fonction publique territoriale, les interventions de M. BOURJOL, L. FAVOREU, J.M. AUBY, H. MAISL, J.C. DOUENCE ...

9.Ch. EISENMANN Centralisation-Décentralisation, p 17, L.G.D.J. 1948

10.F.X.AUBRY La décentralisation contre l'Etat, p 153, L.G.D.J.1992

11.Ibid. p 155

12.Ibid. p 168

organique et matériel des relations Etat-collectivités qui constitue un guide pour la définition des concepts utilisés en matière de centralisation - décentralisation.

Notre approche plus dogmatique, est sécante de cette démarche.

Elle est fondée sur le constat que la question de la centralisation - décentralisation repose sur l'existence concomitante d'actes non centraux et d'actes centraux. Notre ambition a été de déterminer alors, en quoi dans n'importe quel Etat, la question de la centralisation-décentralisation pouvait résoudre le problème des rapports acte local-acte central; ce que révélait tel ou tel mode de résolution de ces rapports et enfin après avoir raisonné d'une façon générale, examiner les pratiques françaises en la matière.

Quelle est l'utilité de la question de la centralisation - décentralisation ? La controverse sur le pouvoir réglementaire local montre que les notions de centralisation - décentralisation concernent les actes juridiques locaux, leur existence en tant que tels et leurs rapports avec les autres actes juridiques et notamment ceux dits "centraux". Il n'y aurait pas de controverse si l'acte local n'était pas un acte juridique, cette qualité induisant ensuite la question des rapports de l'acte juridique local avec les actes juridiques centraux. Il nous a semblé alors, que les notions de centralisation et décentralisation visaient des modes de solution de ces problèmes et qu'ainsi elles constituaient un élément d'un mode de production des actes juridiques dans un ordre juridique donné. Ce mode de production distinguant des actes locaux et centraux doit résoudre nécessairement la question de leurs rapports, dont la solution tient, selon nous, au rattachement de ce mode de production à la séparation des pouvoirs (1^{ère} Partie).

La centralisation et la décentralisation évoquent l'idée d'une résolution différente de la question des rapports actes centraux et actes non centraux. Ces deux termes nous incitaient encore, à reprendre l'analyse de Ch. EISENMANN pour tenter de comprendre ce que pouvait être juridiquement la décentralisation et toutes les notions qui gravitent autour de cette problématique des rapports de l'Etat et du Local: déconcentration, Etat fédéral, libre administration. Ces notions étant généralement présentées en opposition à la centralisation, il faut donc au préalable définir l'Etat centralisé, afin de déterminer en quoi la décentralisation, la déconcentration, la libre administration ou le fédéralisme pouvaient affecter celui-ci.

La nécessité de ce préliminaire ne semble pas être aperçue par l'ensemble de la doctrine car certains auteurs tant de droit constitutionnel ⁽¹³⁾ que de droit administratif ⁽¹⁴⁾ n'évoquent pas la centralisation avant de traiter la décentralisation ou les autres modalités d'organisation de l'Etat, pensant sans doute que la définition de la centralisation découle en négatif de la description de ce qui est appelé décentralisation ⁽¹⁵⁾.

J.C. NEMERY sur le même principe, constatant que certains auteurs "soulignent le besoin d'études concrètes" en vient à déclarer, faisant à cet égard référence à l'étude de Ch. EISENMANN "Centralisation - Décentralisation", que "les analyses purement théoriques et abstraites ne sont pas vraiment opératoires"⁽¹⁶⁾.

CH. EISENMANN considérait qu'en cette absence de définition préalable des questions résidait la cause première de la présentation confuse par les auteurs classiques de la théorie de la centralisation et de la décentralisation ⁽¹⁷⁾.

Qu'est-ce donc un ordre juridique centralisé? Ceux qui tentent de répondre, tels M. HAURIOU pour lequel la centralisation "est la force propre du gouvernement de l'Etat "⁽¹⁸⁾ ou J. CADART pour lequel " l'Etat est centralisé (lorsque) les organes dirigeants de l'Etat exercent toutes les compétences de droit public "⁽¹⁹⁾, laissent perplexes.

¹³. Par ex. Ph ARDANT Institutions politiques et droit constitutionnel p 30 L.G.D.J. 1990; G. BURDEAU Droit constitutionnel et institutions politiques p 54 L.G.D.J. 19ème éd. 1980; A. HAURIOU & L. SFEZ Institutions politiques et droit constitutionnel p 64 Monchrestien 1972.

¹⁴. Par ex. R. CHAPUS Droit administratif général p 260 Monchrestien 4ème éd. 1988; L. ROLLAND Précis de Droit administratif p 142 Dalloz 10ème éd. nouveau tirage 1953; G. VEDEL Droit administratif p 812 P.U.F. 7ème éd. 1980; M. WALINE Droit Administratif p 266 Sirey 1959.

¹⁵. Ainsi, A. de LAUBADERE écrivait: " Il convient donc d'analyser en premier lieu cette théorie de la centralisation et de la décentralisation. A cette fin, il est pratiquement utile de partir de la seconde de ces notions pour lui opposer la première." Traité élémentaire de droit administratif Tome 1 p 85 L.G.D.J. 3ème éd. 1963;

¹⁶. J.C. NEMERY De la liberté des communes dans l'aménagement du territoire p 26 Bibliothèque de droit public L.G.D.J. 1981

¹⁷. Ch. EISENMANN Centralisation et Décentralisation p 196 L.G.D.J. 1948

¹⁸. M. HAURIOU Précis élémentaire de droit administratif, p 40, SIREY 4ème éd., 1938

¹⁹. J. CADART Institutions politiques et droit constitutionnel, tome 1, p 57, L.G.D.J. 1979

Il nous a semblé que le rattachement à la séparation des pouvoirs ne permettait pas seulement de résoudre la question des rapports actes locaux-actes centraux mais aussi de définir selon les modalités d'organisation de ce mode de production, les différentes notions qui nous intéressent. En effet, la séparation des pouvoirs, selon Montesquieu s'organise autour de la distinction de la faculté de statuer et de la faculté d'empêcher ⁽²⁰⁾. La centralisation-décentralisation a trait à la répartition de ces facultés entre des organes locaux et des organes centraux, les modalités de cette répartition permettant de définir le type d'organisation mis en oeuvre dans tel ou tel cas (2^{ème} Partie).

La France connaissant avec les lois de décentralisation un certain nombre de modifications dans les rapports Etat-Collectivités locales, d'une part et son intégration dans le cadre européen la mettant en situation de "collectivité locale", d'autre part; il nous a semblé pertinent d'examiner la pratique française de la centralisation - décentralisation sous la Vème République (3^{ème} Partie).

²⁰. MONTESQUIEU L'Esprit des lois, tome 1, p 298, GARNIER-FLAMMARION, 1979

1^{ère} PARTIE

La centralisation - décentralisation ⁽²¹⁾, élément d'un mode de production des actes juridiques

Pourquoi la centralisation et la décentralisation constituent-elles un objet du débat politique ⁽²²⁾, pourquoi le fédéralisme européen est-il espéré ⁽²³⁾ ou rejeté ⁽²⁴⁾ ? Quel enjeu parvient ainsi sur ces questions, à mobiliser les esprits ?

La décision ⁽²⁵⁾ est l'enjeu de ces débats relatifs à la centralisation - décentralisation, dans la mesure où ils contestent aux organes de l'Etat central le monopole de celle-ci, tout en pouvant considérer que " la décentralisation ne serait qu'une ruse de l'Etat qui conserve par devers lui la sélectivité ... des normes "⁽²⁶⁾.

La production de cette décision serait donc affectée par la centralisation - décentralisation. Cette décision "enjeu" ne peut être n'importe laquelle. Ses qualités propres doivent expliquer

²¹.A ce stade de l'étude nous englobons dans cette problématique "centralisation - décentralisation", toute forme d'association à la production des actes et donc aussi bien la question de l'Etat unitaire et fédéral, celle de la centralisation, décentralisation et/ou déconcentration telles qu'elles sont approchées actuellement. Nous verrons ultérieurement comment ces différentes questions peuvent se construire sur ce concept commun d'unité et de division. Aussi à ce stade les exemples seront pris indifféremment dans les unes et les autres de ces questions, sans autre finalité que la variété de l'illustration du propos du moment.

²².Y. MENY Centralisation et décentralisation dans le débat politique français, L.G.D.J. 1974

²³.Ainsi le groupe des Verts au Parlement Européen écrivait dans un dossier sur le traité de Maastricht: " Le compromis signé à Maastricht est bien loin du projet d'Union Européenne de type fédéral souhaité non seulement par les Verts, mais aussi par le Parlement Européen, par la Conférence des Parlements de la Communauté Européenne ...", Supplément à Verts Europe, n 55, 1992

²⁴.par ex. Ph. SEGUIN "Pourquoi voter non", Revue politique et parlementaire, 1992, n 960, p 5. Ce refus n'est pas récent, cf. par ex. J. CHIRAC dénonçant le "parti de l'étranger" le 6/12/1978, Le Monde Dossiers & Documents, Mai 1979, p 4

²⁵.Ce que B.de JOUVENEL désigne par "les loi-règlements, faites par les hommes pour discipliner des conduites que les progrès de la complication sociale diversifient sans cesse"; Du pouvoir, p 330 Coll. Pluriel, HACHETTE, 1972

²⁶.L. SFEZ Introduction des actes du colloque "Décision et pouvoir" Paris-Université Dauphine 1 & 2/12/1978, p 16, Coll. 10/18 Union Générale d'édition 1979

la revendication de participation à sa formation. Seule la décision juridique, en raison de son autorité sur ses destinataires, justifie l'enjeu. La centralisation, la décentralisation, le fédéralisme, la déconcentration concerneraient cette question de participation à la production des actes juridiques (Chapitre I).

La centralisation et la décentralisation renvoient à l'idée de division entre un centre et une périphérie mais aussi à la non-exclusion d'un centre dans la décentralisation, terme construit sur la racine "centre". A propos de cet aspect, F.X. AUBRY évoque " le dogme de l'unité de l'Etat "(²⁷) dans lequel " le pluralisme, ne peut cohabiter ... qu'en tant que compromis "(²⁸). En d'autres termes, la centralisation-décentralisation doit résoudre l'équation dans laquelle la division égale l'unité. Or, aussi curieux que cela paraisse, l'équation dans le domaine de la formation des décisions, des actes juridiques est résolue aisément dans le cadre de la théorie de la séparation des pouvoirs, à laquelle se rattacherait la centralisation-décentralisation (Chapitre II).

Chapitre I : La centralisation - décentralisation se rattache à la production des actes juridiques

Lors d'un colloque consacré à l'objet local Ch. EISENMANN présentait " le local juridique " comme " celui qui s'applique à l'organisation de l'activité étatique (et par étatique, je ne vise pas uniquement le pouvoir exécutif central, mais toute l'activité étatique, qu'elle soit législative ou constitutionnelle ou juridictionnelle) "(²⁹).

Cette approche était intéressante à un double titre. Elle fixait à l'interrogation, un objet - "l'organisation de l'activité" - et un lieu précis -" étatique" - ce qui par renvoi à l'activité législative ... se traduisait en organisation de l'**activité normative étatique**. Enfin, il n'était

²⁷.F.X. AUBRY La décentralisation contre l'Etat, p 1, L.G.D.J. 1992

²⁸.Ibid.

²⁹.Ch. EISENMANN Actes du colloque des 30-31 Mai 1975 relatif à "L'objet local", p 23 Coll.10-18 Union Générale d'éditions 1977

pas impossible d'assimiler en tout ou partie, la question de la centralisation - décentralisation au "local juridique" évoqué par Ch. EISENMANN.

Cependant l'objet de la question n'apparaît pas de façon aussi limpide. Ch. EISENMANN se réfère, certes, au pouvoir normatif mais il considère que fondamentalement la question a trait à la structure de l'Etat et les deux objets ne peuvent être confondus dans la même théorie.

Par ailleurs la clarté s'estompe aussi en raison de l'accolement d'adjectifs aux termes: ainsi par exemple, parle-t-on de centralisation – décentralisation administrative ou de décentralisation industrielle; mais aussi en raison d'une certaine confusion de la doctrine qui refusant de définir, se contente de décrire, ce qui apparaît alors comme autant d'a priori ⁽³⁰⁾. Avant toute chose, il conviendra donc de déterminer l'objet de la centralisation - décentralisation (Section I).

La norme dite locale s'insère dans un ordre juridique. Le droit positif et la doctrine montrent que cette insertion pose la question des rapports entre la norme non-centrale et les autres normes ⁽³¹⁾, particulièrement les normes centrales. D'aucuns affirment l'autonomie de la norme non centrale à l'égard des normes centrales de même niveau, d'autres au contraire établissent un lien de subordination entre normes non centrales et normes centrales.

La centralisation - décentralisation en " organisant " le pouvoir normatif étatique devrait situer la place des normes non centrales dans l'ordre juridique, or il apparaît que sur ce point essentiel la théorie de Ch. EISENMANN débouche sur une autonomie de la norme non-centrale qui conteste le principe d'unité (Section II).

³⁰.Ch. EISENMANN écrit à ce propos:"Il existe, ..., une tendance très nette ... à considérer les questions relatives à l'organisation administrative comme d'un intérêt mineur pour les juristes... cela signifie certainement dans l'esprit de ceux qui en jugent ainsi qu'elles ne portent pas sur des règles plus ou moins de principe, qui pourraient donner lieu à de véritables " raisonnements juridiques"..." Cours de droit administratif, p 157, Tome 1, L.G.D.J. 1982

³¹. Voir à ce propos concernant une "tutelle" entre collectivités locales J.F. AUBY La décentralisation fait-elle naître de nouvelles tutelles ? A.J.D.A. 1984 p 412

Section I : Le pouvoir normatif dans un système juridique hiérarchisé, objet de la centralisation - décentralisation

A. de TOCQUEVILLE affirmait que " la centralisation est un mot que l'on répète sans cesse de nos jours, et dont personne, en général, ne cherche à préciser le sens "⁽³²⁾.

Si le sens du terme "centralisation" n'apparaît pas, c'est peut-être parce que son contraire est présenté avec un qualificatif (administrative, politique, technique ou par services, industrielle, artistique...) qui ne favorise pas une appréhension correcte de la question.

L'œuvre de Ch. EISENMANN a répondu à cette exigence scientifique de définition en asseyant sa démonstration sur le pouvoir normatif. Pour l'auteur la question de la centralisation-décentralisation est un problème de structure des collectivités, c'est à dire le problème de leur caractère unitaire ou divisé déterminé par la définition des compétences personnelles des organes en matière normative.

Il semble donc, a priori, que le pouvoir normatif soit la matière, et son organisation l'objet de la centralisation - décentralisation. Cependant le propos n'est pas aussi net chez l'éminent auteur (I).

Fidèle à l'analyse de H. KELSEN de l'ordre juridique et à l'unité de cet ordre qui transcende les frontières, Ch. EISENMANN considère que la question de la centralisation - décentralisation doit aussi être posée sans tenir compte des limites étatiques et il en fait non un problème d'organisation des Etats mais un problème général d'organisation des collectivités humaines.

Or s'agissant d'organisation du pouvoir normatif, un ordre juridique hiérarchisé ou vertical ⁽³³⁾ apparaît comme le lieu unique où se pose la question de la centralisation - décentralisation (II).

³².A. de TOCQUEVILLE De la démocratie en Amérique p 68 Coll.10/18 Union générale d'éditions 1963

³³.M. TROPER considère que l'on peut concevoir deux types de systèmes juridiques: "un système hiérarchisé, ou vertical" où existera "entre les normes une hiérarchie", ou "un système non hiérarchisé, ou horizontal" où toutes

I) L'organisation du pouvoir normatif dans le système juridique

Je serais tenté de dire que cela résulte du champ d'investigations propre au juriste, mais l'évidence mérite d'être présentée.

En effet, si l'on examine les ouvrages de droit public, on s'aperçoit que l'objet que les notions de centralisation - décentralisation sont censées appréhender n'est que très rarement défini. On présente le plus souvent les éléments que ces notions comprennent ou doivent comprendre ou desquels ils doivent être distingués, mais on ne les définit pas elles-mêmes ⁽³⁴⁾.

Certains auteurs ont, malgré tout, proposé une définition de ces notions et de leurs réflexions il ressort, que tantôt elles renvoient à un problème de structure de l'Etat ou à l'exercice du pouvoir normatif; tantôt elles associent la question de l'exercice du pouvoir normatif à une certaine structure de l'Etat.

Le pouvoir normatif est la matière propre à la question de la centralisation-décentralisation et l'organisation de ce pouvoir, son objet exclusif.

A) Une matière: le pouvoir normatif dans le système juridique

Décentralisation industrielle, artistique ... quels rapports cela a-t-il avec la curiosité propre au juriste? La définition du domaine de cette recherche doit répondre à cette interrogation.

1) Le système juridique, lieu de la question de la centralisation - décentralisation.

Cette affirmation apparaît évidente et donc le propos incongru.

les normes sont "placées au même niveau". *Système juridique et Etat*, p. 41, Tome 31, Archives de philosophie du droit, SIREY 1986

³⁴. Pour voir une synthèse de ces présentations S. FLOGAITIS *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie* L.G.D.J. 1979

Cependant, en examinant l'appréhension faite de notre question, il ressort qu'aux termes de centralisation ou décentralisation sont adjoints fréquemment des qualificatifs. Ainsi d'aucuns parlent de centralisation et décentralisation politique et administrative ⁽³⁵⁾, de décentralisation économique ⁽³⁶⁾, de décentralisation industrielle ... l'un des termes "la décentralisation" semblant avoir à cet égard, une autonomie au regard de son déterminant "la centralisation" puisque si l'on évoque la décentralisation industrielle, l'on entend rarement l'expression "centralisation industrielle".

Ces qualificatifs marquent-ils une différence dans le fond de ce qu'il convient d'entendre par centralisation-décentralisation ou sur un fond commun notent-ils une singularité notamment matérielle, qui pourrait être appréhendée sans que cela n'altère le fond commun? La réponse n'est pas aisée!

Déjà, il convient de remarquer, que le droit utilise ces qualificatifs. Ainsi par exemple, l'expression "décentralisation industrielle" est présente dans des textes ⁽³⁷⁾ et dans des arrêts du Conseil d'Etat ⁽³⁸⁾.

Certains auteurs ont relevé l'incertitude, qu'engendrait cet état de fait et éliminent de leurs propos certaines décentralisations (industrielle, artistique par ex.) pour ne retenir que la décentralisation administrative; au motif par exemple que seule cette dernière constitue " un mode de relation entre le pouvoir central et des autorités locales "⁽³⁹⁾.

Est-ce à dire qu'en matière industrielle, il ne pourrait exister un " pouvoir central et des autorités locales "? Pour répondre, il faudrait définir ce que l'on entend par pouvoir; ce que n'ont pas fait ces auteurs.

³⁵.M. HAURIOU Précis élémentaire de Droit administratif, p 40, SIREY 1938

³⁶. Actes du colloque des 2 & 3 Mai 1985 Vertus et limites de la décentralisation, Université de Clermont-Ferrand, Les cahiers du secteur public

³⁷.Décret 54-951 du 14/9/1954 tendant à faciliter ... la décentralisation industrielle, J.O.23.9.54 p 9054

³⁸.C.E.26/6/1974 Soc. La maison des isolants de France, R.D.P.1974 p 1486

³⁹.J. BOURDON, J.M. PONTIER, J.C. RICCI Droit des collectivités territoriales, p 24, P.U.F. Coll. Thémis, 1987

Pour sortir de cette première indétermination, il convient de fixer un champ d'observation. Ceci ne signifie pas que les termes de centralisation et décentralisation n'auraient aucun sens hors de ce champ, mais simplement que le sens, qui sera trouvé à ces termes dans cette étude, ne vaudra que pour ce champ.

Le système juridique constitue le champ propre au juriste et c'est donc à l'intérieur de celui-ci que cette étude se place. Ce domaine de la question apparaît nettement chez H. Kelsen puisqu'il fait de la question " un problème particulier relatif au domaine de validité spatiale des normes de l'**ordre juridique étatique** " ⁽⁴⁰⁾. Ce point de vue est partagé par Ch. Eisenmann, pour qui la question se pose "pour toutes les **sociétés juridiquement organisées** " ⁽⁴¹⁾.

Par rapport à ce système, l'activité du juriste est "soit un type d'activité qui consiste à donner à des règles, des normes une organisation, qu'elles ne possèdent pas", soit une activité visant à décrire la structure du droit entendu "comme un ensemble de règles déjà organisé" ⁽⁴²⁾.

Cette étude se rattachera à ce deuxième aspect de l'activité du juriste puisque la question de la centralisation - décentralisation apparaît comme un élément lié à la qualité de norme.

En effet pour H. Kelsen "le problème de la centralisation et de la décentralisation ... est à titre primaire un problème de domaine de validité spatiale des normes qui forment l'ordre juridique" ⁽⁴³⁾ et pour Ch. Eisenmann "le problème de la centralisation ou de la décentralisation ... est le problème de la compétence personnelle des organes..." ⁽⁴⁴⁾ se traduisant par "une propriété des normes mêmes qui pourront être édictées" ⁽⁴⁵⁾.

⁴⁰.H. Kelsen Théorie pure du droit, p 412, DALLOZ 1962. Les mots en gras sont de mon initiative

⁴¹.Ch. Eisenmann Centralisation-décentralisation, p 22, DALLOZ 1948. Les mots en gras sont de mon initiative

⁴².M. Troper Système juridique et Etat, p 29, Archives de philosophie du droit, Tome 31, SIREY 1986

⁴³.H.Kelsen Théorie pure du droit p 416, DALLOZ 1962

⁴⁴.Ch. Eisenmann Centralisation - décentralisation, p 15, DALLOZ 1948

⁴⁵.Ibid. p 8

En fixant ce champ, on n'exclut pas non plus que les termes de centralisation et décentralisation puissent se voir adjoindre des qualificatifs, mais ceux-ci, alors, n'altéreront en rien le fond de la question. Cette exclusion serait d'ailleurs aberrante, puisque le droit utilise par exemple l'expression décentralisation industrielle. Mais dans notre champ, elle sera avant tout "décentralisation" décrivant par essence une structure du droit et accessoirement, selon des termes à définir, une application "industrielle" ou en relation avec l'industrie. Il en sera de même avec la centralisation - décentralisation politique ou administrative, qui seront fondamentalement centralisation et décentralisation; les termes politique et administrative n'ayant qu'un rôle de spécification de la définition.

Que la centralisation-décentralisation ait pour attribut de décrire un certain état du droit, du système juridique, apparaît dans le débat sur l'existence ou l'inexistence de règlements locaux, ouvert lors de la réforme de la fonction publique à l'occasion d'un colloque, où M. BOURJOL affirma que "la libre administration implique en effet, pouvoir de prendre des actes administratifs et parmi ces actes, des règlements..."⁽⁴⁶⁾. Ce débat confirme d'autant mieux l'idée que la réponse à la question de la centralisation – décentralisation permet de justifier un certain état du droit, du système juridique, qu'il a été centré sur les rapports entre règlements locaux et nationaux.

Reste à savoir en quoi, la question de la centralisation - décentralisation a cette vertu?

⁴⁶. M. BOURJOL Libre administration et statut de la fonction publique locale, Actes du colloque d'Angers, Cahiers du C.F.P.C. n° 13 Oct.1983, p V

2) La centralisation - décentralisation, élément de la qualification des actes en normes

Selon M. TROPER, le système juridique est un système de justification permettant à un acte humain d'acquérir la signification d'une norme ⁽⁴⁷⁾.

Si la question de la centralisation - décentralisation se pose dans le système juridique, c'est donc qu'elle intervient dans l'acquisition de la qualité de normes dans le système juridique.

La doctrine laisse transparaître une intuition de cette dimension de la question, à propos de notions qui, a priori, gravitent autour de la question. Ainsi:

- " la libre administration serait ...un système dans lequel un organisme énonce les normes dont il est le destinataire ..." ⁽⁴⁸⁾.
- la déconcentration est le " transfert, à un agent local de l'Etat, d'un pouvoir de décision exercé jusque-là par le chef suprême de la hiérarchie " ⁽⁴⁹⁾;
- et l'Etat fédéral se caractérise par " la participation (de l'Etat membre) à la prise des lois fédérales " ⁽⁵⁰⁾.

Concernant la décentralisation, cette liaison avec le pouvoir normatif n'est pas annoncée explicitement. Elle apparaît confusément avec l'utilisation du mot "pouvoir"; ainsi pour J. RIVERO, elle consisterait pour les collectivités dans " le pouvoir de gérer ... leurs intérêts propres " ⁽⁵¹⁾.

Le débat évoqué à l'instant, sur le pouvoir réglementaire des collectivités locales en France ayant porté sur la place de ces règlements locaux dans le système juridique, implique que la décentralisation renvoie à la reconnaissance du caractère normatif d'actes pris par certaines

⁴⁷.M. TROPER *Système juridique et Etat*, p 41, Archives de philosophie du droit, tome 31, SIREY 1986

⁴⁸.M. TROPER *Libre administration et théorie générale du droit, le concept de libre administration dans Libre administration des collectivités locales* p 62, Economica 1984

⁴⁹.J. RIVERO *Droit administratif*, p 315, Dalloz 9ème éd.1980

⁵⁰.M. H.FABRE *Principes républicains de droit constitutionnel*, p 23, L.G.D.J. 3ème éd.1977

⁵¹.J. RIVERO *La décentralisation, Problèmes et perspectives*, p 46, Etudes Janvier 1950

personnes. En effet le système ne saurait donner le label "norme" à un acte non "justifié" par une place dans l'ordre.

Seuls H. KELSEN et Ch. EISENMANN visent expressément cette fonction de la question au sein du système juridique, puisque H. KELSEN en fait la condition de validité des normes et Ch. EISENMANN, le moyen de déterminer les destinataires des normes. Ils rapportent expressément la centralisation - décentralisation au pouvoir normatif et déterminent ainsi précisément la matière sur laquelle porte la question de la centralisation-décentralisation.

Toute l'étude de Ch. EISENMANN sur la centralisation s'appuie sur les " fonctions d'ordre juridique, c'est à dire d'édiction de normes, "normatrices" "⁽⁵²⁾. Cependant il ne limite pas la matière de la centralisation - décentralisation à la question de l'édiction des normes car " ...- mutatis mutandis- l'analyse s'applique aussi bien aux organes d'activités purement "matérielles" "⁽⁵³⁾. Ceci résulte de la définition qu'il donne des actes juridiques qui "seraient tous les actes qui n'existent que par et dans le droit, qui sont institués par l'ordre juridique" ⁽⁵⁴⁾. Parmi ces actes juridiques, les actes normateurs constitueraient l'espèce "la plus importante" mais à coté de ceux-ci il y aurait les "actes effectifs" ou "actes de comportement effectif" ⁽⁵⁵⁾ qui pourraient être des actes matériels "de contrainte ou d'exécution forcée du droit" ou "de prestation étatique à un administré" ⁽⁵⁶⁾.

Au vu de cette prééminence des actes normateurs, je propose de dire que le pouvoir normatif constitue la matière de la question de la centralisation - décentralisation. Si donc la matière de la centralisation-décentralisation est le pouvoir normatif ou l'acquisition de la qualité de norme, l'objet propre de ces notions doit être déterminé pour connaître leur rôle dans le système juridique.

⁵².Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p 8, L.G.D.J. 1948

⁵³.Ibid. p 9

⁵⁴.Ch. EISENMANN Cours de droit administratif, Tome II, p 364

⁵⁵.Ibid. p 365

⁵⁶.Ibid. p 193-194

Dans sa thèse consacrée au pouvoir réglementaire des collectivités locales, B. FAURE écrit "la présence d'un pouvoir réglementaire local n'est pas distincte de l'apparition des notions de collectivités locales et de décentralisation, elles-mêmes concomitantes à l'essor du centralisme"⁽⁵⁷⁾.

La consubstantialité entre le problème de la centralisation - décentralisation et l'organisation du pouvoir normatif qu'évoque le propos de B. FAURE, renvoie à la question des modalités d'acquisition de ce caractère normatif.

B) Un objet: l'organisation du pouvoir normatif

Il s'agit de déterminer en quoi la centralisation - décentralisation serait un système de justification et comment cela se traduit-il ?

1) Un objet perçu de façon marginale

Le caractère justificatif de l'attribution du caractère normatif des actes n'apparaît pratiquement pas chez les auteurs, à l'exception toutefois de M. HAURIOU et M. BOURJOL qui fondent celle-ci sur des éléments plus sociologiques que juridiques et de H. KELSEN et CH. EISENMANN qui en font un critère de la norme.

Pour M. HAURIOU ce caractère justificatif se révèle à propos de l'organisation du pouvoir. Il écrit: " L'organisation du pouvoir qui réside dans l'institution administrative est dominée par deux forces ou deux tendances...Ces deux tendances sont: la centralisation qui est la force propre du gouvernement de l'Etat, et la décentralisation qui est la force par laquelle la nation réagit contre le gouvernement de l'Etat "⁽⁵⁸⁾.

M. BOURJOL, fonde le pouvoir réglementaire local dans le droit de ban qui, hier, régissait les biens communs de la communauté d'habitants. Là encore cette référence historique entend

⁵⁷.B. FAURE Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, p 7, Thèse dactylographiée, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 1992

⁵⁸.M. HAURIOU Précis élémentaire de Droit administratif, p.40, 4ème éd. 1938 SIREY

justifier un certain état du droit actuel, c'est à dire régler le problème de l'attribution du caractère normatif à certains actes pris par des organes locaux et se faisant elle démontre que c'est l'objet de notre question ⁽⁵⁹⁾.

Cependant la justification avancée par ces deux auteurs se situe dans la perspective du juriste qui construit un ordre et non dans celle de la description de cet ordre qui est la nôtre.

Dans cette perspective descriptive H. KELSEN et Ch. EISENMANN avancent chacun, un critère objectif pour justifier l'introduction de l'acte concerné dans le système juridique: la validité territoriale des normes pour le premier, la compétence personnelle des organes pour le second.

En effet pour H. KELSEN " le problème de la centralisation et de la décentralisation ... est à titre primaire un problème de domaine de validité spatiale des normes qui forment l'ordre juridique "⁽⁶⁰⁾ et pour Ch. EISENMANN " le problème de la centralisation ou de la décentralisation ... est le problème de la compétence personnelle des organes..."⁽⁶¹⁾ se traduisant par " une propriété des normes mêmes qui pourront être édictées "⁽⁶²⁾.

Quel effet produit cette justification?

Là, il y a une plus grande littérature, dont il ressort que cette justification se manifeste autour de la notion d'organisation du pouvoir.

⁵⁹.M. BOURJOL Constitution, Libre administration des collectivités territoriales de la République, Jurisclasseur collectivités locales Fasc.2; du même auteur Les biens communaux, p 159, L.G.D.J.1989

⁶⁰.H. KELSEN Théorie pure du droit p 416 DALLOZ 1962

⁶¹.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p 15, DALLOZ 1948

⁶².Ibid. p 8

2) *Un objet réduit à son aspect structurel*

Les auteurs admettent tous que la question concerne le "pouvoir" sans préciser ce qu'ils entendent par ce terme sauf H. Kelsen et Ch. Eisenmann. Par ailleurs il apparaît chez tous les auteurs que la centralisation - décentralisation concerne l'organisation de ce pouvoir, c'est à dire sa répartition entre différents organes mais ils divergent sur le critère de cette répartition.

Cette notion de pouvoir étant particulièrement floue, une partie de la doctrine ne se satisfait pas de ce simple déterminant mais plutôt que définir ce pouvoir, elle s'attache à ses manifestations. Ainsi la décentralisation serait pour les collectivités " le pouvoir de gérer ... leurs intérêts propres "(⁶³) et à partir de cela la doctrine débat non plus de la définition du pouvoir mais de la notion d'affaires locales même si les auteurs s'accordent pour dire que le critère de celles-ci est introuvable (⁶⁴) ou encore que "la notion d'affaires locales n'a guère de signification"(⁶⁵).

Si l'on veut bien considérer maintenant, que le pouvoir envisagé est le pouvoir normatif, la doctrine se saisit de son organisation selon deux points de vue.

Le premier dans lequel la question de la centralisation - décentralisation se présente comme le problème du transfert d'un pouvoir du centre vers une périphérie, impliquant ainsi l'antériorité du pouvoir central sur le périphérique. La décentralisation marquerait "seulement une tendance à écarter le pouvoir du centre "(⁶⁶) et ainsi selon M. Waline "décentraliser, c'est retirer des pouvoirs à l'autorité centrale pour les transférer à une autorité de compétence moins générale..."(⁶⁷).

⁶³.J. RIVERO La décentralisation, Problèmes et perspectives, p 46, ETUDES, janvier 1950

⁶⁴.J. CHAPUISAT Les affaires communales A.J.D.A. 1976, p. 471, du même auteur La notion d'affaires locales L.G.D.J. 1972

⁶⁵.Y. MENY Centralisation - décentralisation dans le débat politique français, p. 28, L.G.D.J. 1974

⁶⁶.J. RIVERO Droit administratif, p. 315, 9^{ème} éd. DALLOZ 1980

⁶⁷.M. WALINE Droit administratif, p. 266, 8^{ème} éd. SIREY 1958

L'autre, considère la question comme un "a priori " relatif à l'organisation du pouvoir. En d'autres termes, l'organisation centralisée ou décentralisée du pouvoir normatif serait une option institutionnelle du système juridique.

B. REMOND et J. BLANC pour qui "créer des collectivités territoriales...revient à poser la question de l'organisation du pouvoir,..."(68) ou F.P. BENOIT pour qui la décentralisation peut être " une des solutions que peut recevoir le problème du partage des missions publiques entre la collectivité étatique et les collectivités internes "(69), révèlent cet aspect, faisant ainsi de la décentralisation "une technique d'aménagement du pouvoir..."(70).

Les deux points de vue ne sont pas exclusifs l'un de l'autre. Leur trait commun se ramènerait à un problème de structure du pouvoir normatif, c'est à dire à un problème d'agencement d'éléments et à leur interaction entre eux et sur le tout (71).

Cette idée est particulièrement nette chez Ch. EISENMANN, en raison sans doute de sa propre détermination par rapport à la pensée de H. KELSEN.

En effet l'aspect structurel de la question se trouve aussi chez H. KELSEN pour lequel la décentralisation "est le problème de la division territoriale des collectivités juridiques " (72). Comme pour H. KELSEN , la question chez Ch. EISENMANN est relative à la structure de l'Etat puisqu'il affirme que la " centralisation (et décentralisation) désignent chacune des états ou structures corrélatifs de l'appareil étatique et de la collectivité étatique, plus précisément:

68.B. REMOND & J. BLANC Les collectivités locales p 26 Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, DALLOZ 1989

69.F.P. BENOIT Droit administratif, p. 132, DALLOZ 1968

70.J.C. NEMERY Les nouvelles libertés communales, Les cahiers de l'administration territoriale-Centre de recherche sur la décentralisation territoriale, p. 16, n° 4, 1982

71.Ch. EISENMANN écrit: "La structure, c'est "la disposition des parties qui forment un tout"...c'est ...l'agencement des éléments qui composent ce tout, c'est leur position relative dans l'ensemble. En analysant cette structure, on fait apparaître les lignes de division de ce corps et les articulations de ses divers composants, qui sont liés les uns aux autres, par définition-sans quoi ils ne constitueraient pas ensemble un tout, une unité-, mais qui sont distincts et individualisables néanmoins ". Cours de droit administratif, p 189, Tome 1, L.G.D.J.1982.

72.H. KELSEN Théorie pure du droit, p. 416, DALLOZ 1962

l'unité (ou la division) de l'appareil étatique au regard de la collectivité, ou inversement, si l'on préfère, l'unité (ou la division) de la collectivité étatique au regard de son appareil d'organes, donc leur unité (ou division) corrélatives "⁽⁷³⁾". Cependant cette structure n'est pas liée chez les deux auteurs aux mêmes causes et donc aux mêmes conséquences. Pour H. Kelsen, c'est une question de structure territoriale puisque déterminée par la validité territoriale des normes ⁽⁷⁴⁾; pour Ch. Eisenmann, c'est une question de structure déterminée à partir de la compétence personnelle des organes ⁽⁷⁵⁾ et donc entraînant autant de possibilités de divisions qu'il est possible d'envisager de caractères personnels.

L'idée selon laquelle la question concerne l'organisation structurelle du pouvoir normatif va être brouillée chez Ch. Eisenmann par la distinction qu'il va établir entre la question de la centralisation - décentralisation et celle de l'Etat unitaire-Etat fédéral. Ces deux questions se rapporteraient à l'organisation du pouvoir normatif mais pour lui la seconde n'a pas trait à la reconnaissance ou non d'organes à compétence personnelle limitée mais à celle de la participation d'organes non centraux au gouvernement central, sans que l'on sache comment déterminer alors ces organes locaux ⁽⁷⁶⁾. Cette distinction, on le verra n'est pas fondée.

L'idée selon laquelle la question de la centralisation - décentralisation concerne l'organisation structurelle du pouvoir normatif, va avoir aussi pour effet de brouiller la réflexion, car on abandonnera le problème de l'organisation du pouvoir normatif pour celui de la nature des organes locaux, sur leur caractère de "collectivité" voulu par l'Etat ou imposé par lui. Les développements sur la préexistence des communes en France ou sur le caractère corporatif ou fondatif des "collectivités" sont trop connus pour occulter cet aspect du brouillage de la question, dont rend compte aussi la distinction effectuée par Ch. Eisenmann entre fédéralisme et décentralisation. Ceci conduira, on le verra, la doctrine dans les méandres de la personnalité morale, incarnation de l'autonomie.

⁷³.Ch. Eisenmann Centralisation - décentralisation, p. 17, L.G.D.J. 1948

⁷⁴.H. Kelsen Théorie pure du droit, p 412 & s, Dalloz 1962

⁷⁵.Ch. Eisenmann Centralisation - décentralisation, p 15, L.G.D.J. 1948

⁷⁶.Ch. Eisenmann Centralisation - décentralisation, p 272 & s, Dalloz 1948

A cette confusion sur l'objet de la question s'ajoutera un débat sur la technique d'aménagement du pouvoir normatif, c'est à dire sur la méthode permettant de qualifier de normes certains actes.

Les auteurs ne s'accordent pas sur le critère déterminant cette organisation et donc sur la méthode justifiant le caractère normatif de l'acte. Plusieurs propositions ont été formulées: le critère matériel, le critère de la validité territoriale, le critère de la compétence personnelle des organes. A ce stade de l'analyse, l'étude de la pertinence de ces critères n'est pas utile.

En effet, ce qui importe, c'est que par la solution apportée à la question de la centralisation-décentralisation, des actes soient introduits ou non dans le système juridique, c'est à dire soient qualifiés ou non de normes juridiques.

Cette qualification s'effectue dans un système juridique hiérarchisé.

II) L'organisation dans un système juridique hiérarchisé

Ch. EISENMANN constatant que toute collectivité appartient à une collectivité plus vaste et qu'ainsi les organes de la plus petite peuvent ou non participer au gouvernement de la plus vaste ⁽⁷⁷⁾, distingue deux types de centralisation - décentralisation: la centralisation - décentralisation intérieure et la centralisation - décentralisation extérieure ⁽⁷⁸⁾. La question dépasserait donc le cadre étiqué de l'Etat ou plus généralement des systèmes juridiques hiérarchisés.

⁷⁷.Ch. EISENMANN écrit: "...l'immense majorité des collectivités ne constituent pas des tous politiques et juridiques complets et indépendants, mais sont au contraire parties, avec d'autres, d'"organismes" plus vastes;- par suite, chacune d'elles ne relève pas à tous égards, uniquement, d'organes ayant compétence envers elle seule, n'a pas en ce sens un appareil gouvernemental qui lui soit propre ou spécial en son entier, c'est à dire qui soit distinct de celui de toute autre, mais au contraire gouvernée pour partie par des organes dont, en même temps qu'à elle, la compétence s'étend à d'autres, des organes qui lui sont donc communs avec ces autres; qui en d'autres termes, constituent les organes d'une collectivité plus large, qu'elles forment toutes ensembles, qui les comprend toutes en son sein comme les subdivisions d'une unité globale " Centralisation-décentralisation p 232-233 L.G.D.J.1948.

⁷⁸.H. KELSEN considérerait aussi cette distinction puisqu'il affirmait: "...le cas le plus extrême de décentralisation qui entre en ligne de compte en droit positif, celui de la communauté internationale qui se divise en une série d'Etats souverains, s'accorde également à la notion plus étroite de la décentralisation, comme il s'accorde à sa notion pure. Théorie pure du droit p 415 DALLOZ 1962

Cette affirmation ne peut être reçue car elle méconnaît la place de l'individu dans l'ordre juridique international, et supposerait que le droit international régit l'organisation du pouvoir normatif.

A) L'internationalisation de cette organisation selon Ch. EISENMANN

Selon Ch. EISENMANN, la distinction centralisation-décentralisation repose toute entière sur la définition d'organes centraux et non centraux sur la base de "l'étendue du cercle de personnes envers qui les organes peuvent agir "⁽⁷⁹⁾, qu'il appelle la compétence personnelle de l'organe ⁽⁸⁰⁾.

Il n'y a pas à s'interroger sur le nombre des organes car "nombre et compétence personnelle sont solidaires : compétence personnelle illimitée correspond à agent unique, comme compétence personnelle limitée correspond à pluralité d'agents"⁽⁸¹⁾. L'organe à compétence illimitée serait central, celui à compétence limitée, non central.

Par ailleurs, Ch. EISENMANN à la suite de H. KELSEN affirme que la question de la centralisation - décentralisation doit être appréhendée en considérant "un ordre juridique globalement, dans sa totalité, (qui) ne peut jamais être uniquement et entièrement décentralisé...(car)des collectivités entre lesquelles il n'y aurait aucun élément d'organisation commun, qui n'auraient aucun centre commun, ne seraient pas les éléments ...d'une seule et même collectivité globale, mais des collectivités distinctes et séparées"⁽⁸²⁾.

Ainsi " la décentralisation ne peut donc exister...que sous la condition d'un minimum de centralisation, c'est à dire d'unité...Or nécessairement ce minimum concerne le principe même de l'ordre juridique, la base juridique de la collectivité, c'est à dire le degré suprême des normes...Et par conséquent, la décentralisation ne peut jamais affecter l'activité normatrice

⁷⁹.Ibid. p 9

⁸⁰.Ibid. p 10

⁸¹.Ibid. p 15

⁸².Ch. EISENMANN Centralisation et décentralisation, p. 161, L.G.D.J. 1948

suprême pour une collectivité et ses éléments; elle ne peut commencer qu'à une activité normatrice seconde "⁽⁸³⁾.

L'auteur distingue alors, la centralisation - décentralisation extérieure d'une collectivité, " c'est à dire ses rapports avec une ou des collectivités qui sont en dehors d'elle" et sa centralisation - décentralisation intérieure, c'est à dire "ses rapports avec ses propres éléments, des collectivités plus restreintes qu'elle-même,..."⁽⁸⁴⁾.

Il expose ensuite les différentes combinaisons imaginables et leur logique ⁽⁸⁵⁾ mais l'essentiel réside dans l'affirmation fondée sur l'analyse de H. KELSEN relative à la primauté du droit international sur le droit étatique, qu'"à ce dualisme, une seule collectivité échappe,- "la communauté internationale universelle": par définition même, elle ne fait pas partie d'une collectivité plus large; elle est uniquement tout "⁽⁸⁶⁾ et qu'ainsi la question de la centralisation - décentralisation dépasse l'Etat.

L'auteur considérant que la question de la centralisation - décentralisation ne se pose au mieux qu'au niveau de la norme seconde, sa distinction centralisation - décentralisation intérieure et extérieure met en oeuvre la théorie, à laquelle il adhère, de la primauté du droit international sur le droit étatique ⁽⁸⁷⁾.

Il affirme que le droit international n'ayant pas " une matière propre qui le spécifierait " le problème de la centralisation devait sortir " de la sphère des collectivités de droit étatique ...Et que par suite l'analyse des types globaux en matière de centralisation et de décentralisation cessât d'être arbitrairement limité à l'Etat, pour englober toutes ces collectivités....Il ne

⁸³.Ibid.p.161

⁸⁴.Ibid. p. 235

⁸⁵. Ainsi dire qu'une collectivité est extérieurement centralisée implique que la collectivité plus vaste à laquelle elle appartient, est intérieurement centralisée, mais la décentralisation extérieure d'une collectivité n'implique pas que les collectivités qu'elle contient sont elles-mêmes décentralisées. Ch. EISENMAN Centralisation-décentralisation p 237-238 L.G.D.J. 1948

⁸⁶.Ibid. p. 233

⁸⁷.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p. 246-247, note 1, L.G.D.J. 1948

s'agissait plus de distinguer et définir l'Etat centralisé et l'Etat décentralisé, mais bien les collectivités centralisées et les collectivités décentralisées "⁽⁸⁸⁾.

Cette présentation de la centralisation - décentralisation s'intègre à la dimension verticale et horizontale de la question ⁽⁸⁹⁾.

Tout ceci suppose un ordre juridique international dont Ch. EISENMANN considère "l'existence admise " ⁽⁹⁰⁾, même s'il s'interroge sur la portée de la supériorité du droit international universel " en raison ... du caractère insuffisamment rigide et déterminé de l'organisation de la "société internationale""⁽⁹¹⁾.

Ce doute ne l'empêche pas d'intégrer de façon critiquable la question dans le système juridique international. En effet, ceci conduit Ch. EISENMANN à se contredire sur plusieurs points.

B) Une internationalisation contestable

La question de la centralisation - décentralisation ne se posant selon Ch. EISENMANN, que dans un système juridique hiérarchisé, le problème est de savoir si l'ordre juridique international présente dans ce domaine, cet aspect?

La détermination de la compétence personnelle des organes constituant pour Ch. EISENMANN, le critère de cette organisation du pouvoir normatif, ceci devrait permettre à l'homme d'obtenir le respect de l'organisation fixée par le droit international.

1) Le droit international ne règle pas l'organisation du pouvoir normatif

⁸⁸.Ibid. p. 246-247, note 1

⁸⁹. Ibid. p 248. La dimension verticale est déterminée par " la valeur relative des normes " que les organes peuvent édicter, c'est à dire par le " rang qu'elles occupent dans la hiérarchie générale de l'ordre juridique " et la dimension horizontale concerne le " domaine matériel " auquel " se rapporteront les normes, quelles qu'elles soient, qu'ils permettent de poser ".

⁹⁰.Ibid. p. 251

⁹¹.Ibid. p 252

Ch. EISENMANN place manifestement son raisonnement sur la centralisation-décentralisation dans un ordre juridique hiérarchisé. En effet pour lui "la norme suprême d'une collectivité est nécessairement créée par un organe central ... L'option entre l'institution d'organes centraux ou d'organes décentralisés ... ne s'ouvre donc en vérité qu'à partir du second degré de normes,..."⁽⁹²⁾.

En affirmant ceci Ch. EISENMANN se situe dans un système juridique hiérarchisé puisque dans un tel système, un acte " se présente comme une norme, si son auteur le justifie, en invoquant un énoncé émanant d'un autre et que le sien aurait pour objet d'appliquer "⁽⁹³⁾.

" L'option " entre centralisation et décentralisation découle donc de la norme première, qui concernant les Etats, serait le droit international. Ce serait le droit international (norme 1^{ère}) qui aurait fait les ordres juridiques étatiques d'une part et ce serait encore le droit international qui disposerait que les Etats peuvent s'organiser soit de façon centralisée, soit de façon décentralisée, d'autre part.

Or le droit international est loin de cela. En effet, si l'évolution du droit international s'effectue dans le sens d'un droit de coordination vers un droit de subordination, " le point de départ de l'ordre juridique international actuel se trouve dans le principe de souveraineté de l'Etat "⁽⁹⁴⁾; c'est sans doute ce que P. REUTER appelait " l'influence déterminante de certains facteurs concrets "⁽⁹⁵⁾.

Ceci ne conduit pas à une reconnaissance de la conception dualiste de l'ordre juridique au détriment de la conception moniste mais simplement à constater que dans notre

⁹².Ibid .p 249

⁹³.M.TROPER Système juridique et Etat, p 41, tome 31 Archives philosophie du droit, SIREY 1986

⁹⁴.BASDEVANT cité par NGUYEN QUOC DINH Droit international public p 93 L.G.D.J. 1975. Le comportement des pays occidentaux lors de la crise du pouvoir en U.R.S.S. ou en Yougoslavie en 1991 montre la permanence de cette réalité dans la mesure où, si les dirigeants occidentaux ont établi des liens de compréhension avec des personnalités des Etats Fédérés concernés, souvent d'ailleurs avec réserve, les rapports de droit sont demeurés jusqu'à l'extrême limite au niveau des autorités fédérales.

⁹⁵.P.REUTER Droit internationale public, p. 21 P.U.F. Thémis 2de éd.1963

problématique, cette distinction apparaît, ainsi que l'affirmait Ch. ROUSSEAU, comme "une vaine controverse"⁽⁹⁶⁾. Même si l'affirmation de l'autorité de la norme juridique supranationale passe par des formes niant selon certains, l'idée même du droit ⁽⁹⁷⁾, la positivité de la norme supranationale ⁽⁹⁸⁾ est tout aussi patente que la vigueur de la souveraineté étatique ⁽⁹⁹⁾.

Si la centralisation - décentralisation concerne le mode de production des normes, l'idée de centralisation - décentralisation intérieure et extérieure appliquée à la collectivité internationale fait accroire qu'une norme internationale pourrait fixer un mode déterminé de production des normes. Or cette intervention du droit international dans ce domaine a été proscrite. C'est exclusivement au sein d'un ordre juridique hiérarchisé et particulièrement de l'Etat, que se pose la question des modes de production des normes.

Le monopole étatique est reconnu par le droit international à l'article 2-7 de la Charte des Nations Unies selon lequel " Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat...", au nombre desquelles on compte l'organisation du pouvoir normatif.

La notion de domaine réservé ou de compétence discrétionnaire ⁽¹⁰⁰⁾ utilisées en droit international pour caractériser les compétences de l'Etat retiennent toujours le régime politique et constitutionnel comme critère de la souveraineté et de l'indépendance. Ch. ROUSSEAU le fait remarquer en citant la résolution de Cannes du 6 Janvier 1922: "Les Nations ne peuvent pas revendiquer le droit de se dicter mutuellement les principes suivant lesquels elles

⁹⁶.Ch. ROUSSEAU Droit international public p. 15 Dalloz 9^{ème} éd.1979

⁹⁷.Les modalités du règlement de l'invasion du Koweït par l'Irak donne un exemple de cette négation de l'idée de droit, cf. C. JULIEN, La force au mépris du droit, Le monde diplomatique -Manière de voir, n° 11 p 14

⁹⁸.Cf. par ex.; concernant la C.E.E. : C.E. Ass. 20/10/1989 Nicolo, R.F.D.A.1989 p 813 ; concernant la convention européenne des droits de l'homme : C.E. Ass. 19/4/1991 Belgacem (1^{ère} espèce), Mme Babas (2^{nde} espèce) R.F.D.A. 1991 p 497 .Voir aussi : L'interprétation par le juge administratif des conventions internationales, J.F. LACHAUME sous C.E. 29/6/1990 R.F.D.A. 1990 p. 923

⁹⁹.Ainsi le rappel quasi unanime du principe de souveraineté à l'occasion de l'évocation d'un droit d'ingérence en faveur des kurdes au printemps 1991 ou dans la crise yougoslave la même année

¹⁰⁰.Sur ce sujet voir NGUYEN QUOC DINH Droit international public, p. 348 & s L.G.D.J. 1975

entendent organiser à l'intérieur leur gouvernement. Il appartient à chaque pays de choisir pour lui-même le système qu'il préfère à cet égard "(101).

Le rejet des tentatives pour introduire en droit international le principe de la légitimité internationale d'un type déterminé de gouvernement démontre la puissance du principe de souveraineté en matière d'organisation des Etats permettant à cet égard de distinguer " la Communauté internationale et les formes fédérales; dans celles-ci la garantie fédérale en vertu de laquelle la fédération garantit aux Etats membres le respect de leurs pouvoirs entraîne en contrepartie l'obligation pour ceux-ci de présenter des caractères déterminés..."(102).

Chaque Etat dispose d'une liberté complète pour organiser l'exercice du pouvoir normatif sur son territoire donc sans que le droit international puisse lui imposer des formes de production normative.

Cette autonomie dans l'organisation du pouvoir révèle une puissance "rebelle à une intégration totale dans un système hiérarchisé de normes et de compétences "(103).

Madame CHEMILLIER-GENDREAU a rappelé cette dimension à l'occasion du débat sur la ratification du traité de Maastricht en déclarant: " Si l'on admet que la structure des sociétés composant la communauté internationale est encore et pour quelque temps multiétatique, que partout ce sont les Etats (répondant aux exigences démocratiques en passe de devenir des exigences universelles) qui sont " les " sources légitimes du pouvoir, la répartition des compétences ne saurait leur échapper "(104). En ce domaine, la constitution n'est pas un anachronisme (105). Cependant, on le verra, l'Union Européenne démontre que la constitution ne constitue pas un obstacle à l'intégration de l'Etat dans un ordre juridique hiérarchisé dans lequel la norme étatique n'est qu'un élément dont la place est déterminée par l'ordre dans

101.Ch. ROUSSEAU Droit international public, p. 97 Dalloz 9^{ème} éd.1979

102.P. REUTER Institutions internationales, p. 112 P.U.F. Thémis 4^{ème} éd.1963

103.G. BURDEAU Traité de science politique Tome 4, p. 20 L.G.D.J. 2^{ème} éd.1969

104.M. CHEMILLIER-GENDREAU Le principe de subsidiarité: enjeu majeur, débats confus; Le Monde Diplomatique, Juillet 1992 p. 13

105.G. BURDEAU Une survivance: la notion de constitution, Mélanges Mestre, p. 53 Sirey 1956

lequel s'intègre l'Etat. Mais, nous ne sommes déjà plus, ici, dans l'ordre juridique international car l'Union européenne est un ordre juridique hiérarchisé (cf.3ème partie).

Cette impuissance institutionnelle du droit international constatée par G. SCELLE qui affirmait que " le fédéralisme universel peut dans beaucoup de cas s'arrêter à un fédéralisme normatif...dans lequel les normes de la société globale dominent celles des systèmes juridiques des sociétés composantes et les conditionnent, mais sans que le droit constructif ait eu le temps ou la possibilité matérielle de dégager les institutions dont l'intervention assurerait dans tous les cas la hiérarchie des ordres juridiques superposés "(¹⁰⁶), conduit au rejet de l'application de la question de la centralisation - décentralisation à l'ordre juridique international.

Un ordre juridique hiérarchisé est donc le cadre exclusif dans lequel se pose la question de la centralisation - décentralisation. A défaut d'être encore un progrès historique (¹⁰⁷), la frontière demeure la limite extérieure de la libre organisation du pouvoir normatif, c'est à dire de la répartition entre des organes de la production des normes.

¹⁰⁶.G. SCELLE Le droit constitutionnel international, Mélanges Carré de Malberg p 511 Librairie Duchemin 1977

¹⁰⁷.D. RETAILLE Au-delà des frontières, Le journal des élections, n° 14 p 29

2) L'impossible garantie de cette prétendue organisation internationale du pouvoir normatif

En admettant que le droit international puisse régler l'organisation de la production normative, il faudrait que l'individu puisse s'en prévaloir.

Il ressort des propos de la doctrine que l'ordre juridique se détermine par rapport à l'homme. Ainsi les "ordres sociaux considérés comme des ordres juridiques sont des ordres de contrainte de la conduite humaine "(¹⁰⁸) ou l'ordre juridique est présenté comme " l'état social existant à un moment donné d'après les règles de droit s'imposant aux hommes du groupement social considéré"(¹⁰⁹).

Si l'homme est contraint par la norme, cela implique nécessairement la force contraire, une force inverse; que je résume dans la possibilité de se prévaloir de la norme. En effet, le système juridique n'étant qu'un système de justification des normes, il implique nécessairement cette idée qui conditionne le caractère "adéquat" de l'acte prétendant au titre de norme (¹¹⁰). L'idée de norme, élément de contrainte, suppose que l'acte concerné ne reçoit pas ou est susceptible de ne pas avoir l'assentiment de tous et qu'ainsi son caractère normatif est lié à l'idée d'en obtenir le respect par la contrainte.

¹⁰⁸.H. KELSEN Théorie pure du droit, p. 46 DALLOZ 1962

¹⁰⁹.L. DUGUIT Traité de droit constitutionnel p 326-327 BOCCARD 1927

¹¹⁰.M. TROPER définit ainsi le système juridique: " Dans le système juridique, un acte humain, par exemple un acte de langage, acquiert la signification objective d'une norme, parce qu'un autre acte, qui présente lui-même cette signification la lui accorde. Les termes de la relation sont donc non les normes, mais les actes, qui acquièrent, les uns par rapport aux autres, la signification de normes ... La relation n'est pas elle-même objective, mais seulement une mise en relation par l'auteur d'un énoncé. Si cette mise en relation est jugée adéquate dans la société considérée, ce qui est une question de fait, la décision est considérée comme justifiée et l'on peut dire, qu'elle présente le caractère d'une norme. Le système juridique n'est alors pas autre chose qu'un système de justification ". Système juridique et Etat, p. 41, Tome 31 Archives de philosophie du droit, SIREY 1986. Ceci constitue une évolution de sa pensée car dans un article antérieur en réponse à P. AMSELEK, M.TROPER avait écrit que la relation qui permettait de qualifier une norme était " une relation de norme à signification, de norme à norme " M. TROPER La pyramide est toujours debout! Réponse à Paul AMSELEK, p. 1529, R.D.P. 1978

Si " l'homme est seul ... "adressataire" des normes juridiques "⁽¹¹¹⁾, cela impose dans notre domaine qu'il puisse se prévaloir de la norme première qui aurait déterminé "l'option" centralisée ou décentralisée de la norme seconde.

Si cette norme première est le droit international, cela supposerait que ce droit appréhende l'individu sans obstacle, et que celui-ci puisse en réclamer le respect. Or l'idée que le droit international a pour unique "adressataire" l'individu, demeure balbutiante; ce caractère personnel de la règle internationale n'est pas évident. En France, ceci est apparu encore dans les commentaires sur l'arrêt Nicolo ⁽¹¹²⁾ qui rappelaient les conditions de l'applicabilité du droit international en droit interne français et particulièrement la ratification et la réciprocité ⁽¹¹³⁾.

En tout état de cause, il est loin de permettre à cet individu de se prévaloir de lui sans que l'Etat y consente ⁽¹¹⁴⁾. H. KELSEN constatait déjà cet état de fait puisqu'il reconnaissait que " le droit international n'oblige ni habilite des individus de façon directe, mais seulement de façon indirecte, en passant par l'intermédiaire de l'ordre juridique étatique ... "⁽¹¹⁵⁾.

Les auteurs de droit international constatent tous cette impuissance de l'individu ⁽¹¹⁶⁾; impuissance toutefois relative en matière européenne puisque C. BLUMAN écrit que "les

¹¹¹.Ch. EISENMANN Cours de droit administratif, tome II, p. 259 L.G.D.J.1983

¹¹².C.E.20.10.1989 NICOLO R.F.D.A. 1989 p. 813

¹¹³.J.F. LACHAUME L'interprétation par le juge administratif des conventions internationales R.F.D.A. 1990 p 923 et 937; E. NEGRIER Le crépuscule d'une théorie jurisprudentielle : l'écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel R.D.P. 1990 p 767 et 776 & s

¹¹⁴.Constations par exemple que la France n'a accepté le recours individuel prévu à l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4/11/1950 que par un décret n° 81-917 du 9/10/1981 J.O. 14/10/1981 p 2783

¹¹⁵.H.KELSEN Théorie pure du droit p 426 DALLOZ 1962.

¹¹⁶.par ex. A. CASSESE Section IV de l'ouvrage collectif Droit international-Bilan & perspectives, p. 122 & s, PEDONE 1991; NGUYEN QUOC DINH Droit international public p. 93 & s, L.G.D.J. 1975; P. REUTER Droit international public, p. 21 P.U.F. 1963.

traités communautaires n'assurent aux particuliers qu'une protection juridictionnelle incomplète"⁽¹¹⁷⁾.

Comment admettre dans ces circonstances, que le droit international puisse en sa qualité de norme première, régler la compétence personnelle du ou des organes aptes à produire la norme seconde si, l'"unique adressataire" de la norme seconde ne peut se prévaloir de la norme première pour faire imposer ce qu'elle fixe? Il n'existe pas un juge international chargé du respect d'une norme internationale organisant l'éventuelle répartition internationale des compétences personnelles des organes (¹¹⁸).

Ces obstacles excluent donc que la question de la centralisation-décentralisation se pose dans un système horizontal de justification des normes, tel le système international, dans la mesure où dans ce système " les normes sont toutes placées au même niveau " et qu'ainsi leurs " énoncés ne sont pas justifiés les uns par les autres"(¹¹⁹).

L'ordre juridique où se pose la question de la centralisation - décentralisation, étant un système de justification hiérarchisé, la question solutionne nécessairement l'intégration de l'acte concerné dans le système juridique.

Section II : La centralisation - décentralisation, technique d'insertion des actes dans l'ordre juridique

En admettant l'existence de normes non-centrales, celles-ci doivent nécessairement s'intégrer à l'ordre juridique hiérarchisé réglant ainsi leurs rapports avec les normes centrales.

Le système juridique vertical exprime une unité, que l'on retrouve dans l'exposition de la question de la centralisation-décentralisation de Ch. EISENMANN puisque celle-ci, on l'a vu,

¹¹⁷.C. BLUMAN Les mécanismes non juridictionnels de protection des droits du citoyen européen, Revue juridique du Centre-Ouest, Numéro spécial Avril 1992, p. 233

¹¹⁸.Ainsi N'GUYEN QUOC DINH écrit: " Dans la phase d'application du droit, c'est encore l'Etat qui agit en première ligne par l'intermédiaire de ses organes. En vertu de sa souveraineté et en l'absence de supérieur hiérarchique, il exerce discrétionnairement ce rôle ". Droit international public, p. 94, L.G.D.J. 1975

¹¹⁹.M. TROPER Système juridique et Etat, p 41, tome 31 Archives de philosophie du droit, SIREY 1986

est un problème de structure des collectivités ⁽¹²⁰⁾, or " la structure, c'est "la disposition des parties qui forment un ***tout***"⁽¹²¹⁾.

Ch. EISENMANN présentant la décentralisation comme l'existence d'une compétence limitée discrétionnaire, la question de la centralisation-décentralisation doit donc résoudre l'équation "division = unité" que dans l'Etat unitaire F.X. AUBRY présente comme celle du monisme et du dualisme ⁽¹²²⁾.

Ch. EISENMANN et H. KELSEN avant lui, ont été préoccupés par l'affirmation de cette unité. Ainsi pour H. KELSEN " la collectivité juridique centralisée se définira comme la collectivité dont l'ordre se compose uniquement et exclusivement de normes juridiques valant pour son territoire tout entier; la collectivité juridique décentralisée: la collectivité juridique dont l'ordre se compose de normes qui ne valent que pour une fraction du territoire ... Mais il faut rappeler que l'unité du territoire résulte et résulte uniquement de l'unité de la validité des normes; et dès lors il paraît problématique que, dans le cas de pure décentralisation, il puisse encore être question d'un territoire total et d'un ordre juridique "⁽¹²³⁾.

La présentation de H.KELSEN fixe bien la problématique même si le fondement de son raisonnement n'est pas la compétence personnelle des organes mais la validité territoriale des normes.

Ch. EISENMANN qui fonde, lui, son analyse sur la compétence personnelle des organes ne dit pas, en effet, autre chose. Il affirme que " si l'on considère un ordre juridique globalement, dans sa totalité, il ne peut jamais être uniquement et entièrement décentralisé, que tout ordre juridique comprend nécessairement une part de centralisation, qu'autrement dit ... la décentralisation ne peut pas exister absolument pure de tout alliage, de tout élément de

¹²⁰.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p. 17, L.G.D.J.1948

¹²¹.Ch. EISENMANN citant le vocabulaire de philosophie de Lalande, Cours du droit, tome I, p.189, L.G.D.J.1982. Le mot "tout" a été souligné par moi.

¹²².F.X. AUBRY La décentralisation contre l'Etat, p. 13, Coll. Décentralisation et développement local, L.G.D.J.1992

¹²³.H.KELSEN Théorie pure du droit p 413 & 414 DALLOZ 1962; les mots en italique sont de H.KELSEN.

centralisation ...Or nécessairement, ce minimum concerne le principe même de l'ordre juridique, la base juridique de la collectivité, c'est à dire le degré suprême des normes, ...Et par conséquent la décentralisation ne peut jamais affecter l'activité normatrice suprême pour une collectivité et ses éléments; elle ne peut commencer qu'à une activité normatrice seconde " (¹²⁴).

Comment résoudre, alors, l'équation? Les réponses de la doctrine et du droit positif sont souvent opposées.

1) Les résolutions contradictoires de l'équation "division = unité"

L'insertion de la norme non-centrale dans le système juridique est réalisée; le droit positif en rend compte, mais la doctrine ne tire pas de cette insertion une conclusion unique sur la place de cette norme non-centrale dans le système juridique.

A) Les positions doctrinales

Deux réponses sont envisageables: la question ne se pose pas; elle se pose et elle est réglée soit par le principe de hiérarchie des normes, soit par l'organisation de la coexistence.

1) Le rejet pur et simple de l'hypothèse

H. KELSEN et Ch. EISENMANN participent à cette première thèse puisqu'ils affirment que l'équation ne peut être posée. H. KELSEN considère, qu'elle met en cause l'existence d'"UN ordre juridique" et Ch. EISENMANN, qu'elle pose " le principe même de l'ordre juridique ". Pour ce dernier tout n'était pas clair puisqu'il admettait en même temps que le fédéralisme ne constituait pas " un accroissement de la mesure de la division de l'Etat, mais d'une organisation de son unité " (¹²⁵); il distinguait alors la question de la centralisation-décentralisation de celle de l'Etat unitaire-Etat fédéral, la première mettant seule en cause l'unité ou la division de la collectivité. La seconde ne concerne que le point de savoir, si au

¹²⁴.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation p 161 L.G.D.J. 1948

¹²⁵.Ch. EISENMANN Centralisation – décentralisation, p. 276 L.G.D.J. 1948

gouvernement central sont associées des organes non-centraux sans que l'on sache comment ceux-ci sont qualifiés ainsi ⁽¹²⁶⁾.

D'autres auteurs ont souligné l'incongruité de la question. Cela s'effectue généralement à propos de la souveraineté et cela a donné lieu alors, aux plus grands développements doctrinaux. Ainsi la souveraineté étant " le caractère suprême d'un pouvoir " cela signifie que " ce pouvoir n'en admet aucun autre ni au-dessus, ni en concurrence avec lui "⁽¹²⁷⁾ il ne saurait exister sur un territoire " qu'une seule souveraineté et les personnes qui se trouvent sur le territoire national ne peuvent être soumises qu'à une seule souveraineté "⁽¹²⁸⁾.

Ceci apparaît de façon flagrante dans les réflexions de la doctrine sur la souveraineté de l'Etat fédéré et de l'Etat fédéral ⁽¹²⁹⁾.

Si la souveraineté est l'expression du pouvoir discrétionnaire, il ne saurait exister sur un même sol deux pouvoirs discrétionnaires concurrents et finalement tous les auteurs arrivent à consacrer la souveraineté unique de l'Etat fédéral et par conséquent devrait s'ensuivre la supériorité de la loi fédérale sur la loi de l'Etat fédéré.

L'on voit bien alors que la souveraineté est synonyme d'unité, c'est à dire que la norme exprimant le souverain sera toujours unique quelle qu'elle soit.

Le raisonnement est-il transposable aux échelons inférieurs à la norme souveraine? Concernant les collectivités décentralisées L. DUGUIT considérait que la conception de l'Etat " personne souveraine une et indivisible " s'opposait à l'idée qu'elles soient titulaires de la puissance publique attachée à la souveraineté ⁽¹³⁰⁾.

¹²⁶.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p. 272 & s, L.G.D.J.1948

¹²⁷.R. CARRE DE MALBERG Contribution à la théorie générale de l'Etat, p. 70 Réimpression de l'éd. SIREY de 1920 C.N.R.S. 1962

¹²⁸.L. DUGUIT Traité de droit constitutionnel, tome II, p. 118 & s, BOCCARD 1928

¹²⁹.Pour un rappel de ces débats voir I. HANNEQUART L'Etat fédéré en droit international, p. 392 Thèse dactylographiée Faculté de droit de TOURS - 1991

¹³⁰.L. DUGUIT Traité de droit constitutionnel, p 626 & s, Tome 1, et p 120 & s, Tome 2, BOCCARD 1927

2) *L'admission de l'hypothèse*

Les auteurs dont aussi H. KELSEN et Ch. EISENMANN, qui considèrent que l'équation peut être posée, la résolvent soit par la subordination de la norme non-centrale à la norme centrale, soit par un critère additionnel à celui de la compétence personnelle des organes.

a) *La thèse de la subordination*

Pour l'essentiel, les auteurs considèrent que la question se résout en termes hiérarchiques, même s'il est difficile " de faire apparaître le rapport hiérarchique entre règlements locaux et nationaux ... on imagine mal ... un règlement local contrevenir à un règlement national légalement édicté "⁽¹³¹⁾. Posée ainsi la question, implique la réponse; puisque le règlement national est supposé légal, la légalité du règlement local est nécessairement ou refusée ou intégrée à celle du règlement national. La question à laquelle doit répondre notre interrogation, est celle de savoir lequel de deux actes, l'un national, l'autre local, prétendant tous les deux au titre de norme, c'est à dire à la reconnaissance de sa légalité, doit être reçu à ce titre et pourquoi?

Le lien de subordination est affirmé par L. FAVOREU qui considère que le pouvoir réglementaire local est " un pouvoir subordonné et second par rapport au pouvoir réglementaire national " et qu'en conséquence il n'y a pas " de source réglementaire parallèle et de même niveau que la source réglementaire nationale, même dans un domaine limité et restreint "⁽¹³²⁾.

Il faut remarquer que cette idée de subordination contredit l'hypothèse de Ch. EISENMANN, selon laquelle la décentralisation suppose une compétence discrétionnaire personnellement limitée.

¹³¹.B. FAURE Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, p 311 & s, Thèse dactylographiée, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 1992

¹³².L. FAVOREU sous C.C.17/1/1989 248 D.C., R.D.P. 1989 p 447

b) la thèse de la conciliation

Reprenant l'idée de Ch. EISENMANN, M. BOURJOL considère que le principe de libre administration reconnu par l'article 72 de la constitution française de 1958 implique l'existence d'un pouvoir réglementaire local autonome du pouvoir réglementaire national. Le pouvoir réglementaire local serait " spécial, en ce qu'il se rapporte aux affaires d'intérêt local " et à l'instar de celui de l'Etat il serait " général, en ce qu'il porte sur toutes les affaires de cette collectivité "(¹³³).

Cette affirmation en France, Etat unitaire par excellence, a donné lieu un " débat contradictoire, ...aujourd'hui en partie clarifié "(¹³⁴), sur l'existence ou l'inexistence " d'un pouvoir normatif autonome exercé par les collectivités locales "(¹³⁵).

A l'occasion d'un colloque à Angers, M.BOURJOL affirma donc que " la libre administration implique en effet, pouvoir de prendre des actes administratifs et parmi ces actes, des règlements..."(¹³⁶). Cette proposition n'aurait pas choqué si elle n'avait été accompagnée de l'affirmation de l'existence d'un pouvoir réglementaire local distinct et autonome du pouvoir réglementaire national (¹³⁷).

C'est en effet sur ce deuxième aspect que va s'établir le débat car il est difficile de contester l'existence d'un pouvoir normatif local comme l'a montré J.M. AUBY (¹³⁸) et l'a admis L.

¹³³.M. BOURJOL Libre administration des collectivités territoriales de la République, Jurisclasseur COLLECTIVITES LOCALES Fasc.2, p 10

¹³⁴. A. ROUX Le statut constitutionnel des collectivités locales R.F.D.A.1992 p 442

¹³⁵.Ibid.

¹³⁶. M. BOURJOL Libre administration et statut de la fonction publique locale Colloque d'Angers Cahiers du C.F.P.C. n 13 Oct.1983 p V

¹³⁷. Ibid.

cf. aussi M. BOURJOL Jurisclasseur des Collectivités locales Fasc. 2 8-1991 n 36

¹³⁸. J.M. AUBY Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales A.J.D.A. 1984 p 468

FAVOREU ⁽¹³⁹⁾ principal contradicteur de M. BOURJOL. La thèse de B. FAURE consacrée exclusivement au pouvoir réglementaire des collectivités locales confirme cette réalité du droit positif ⁽¹⁴⁰⁾. Par contre l'idée, que ce pouvoir réglementaire local soit autonome, vient, selon certains, heurter de front les dispositions constitutionnelles et notamment le principe d'unité ⁽¹⁴¹⁾.

L'apaisement semble se faire aujourd'hui autour de l'existence d'un pouvoir réglementaire local par habilitation législative ⁽¹⁴²⁾. Cette thèse est formulée par J.M. AUBY un peu par dépit car il ne la formule qu'après avoir reconnu que " l'existence de ce pouvoir, cantonné dans le domaine de l'administration locale, ne paraît pas, en dépit de son affranchissement de la loi et donc de son intervention initiale, compromettre le caractère unitaire de l'Etat français " ⁽¹⁴³⁾. D'autant de la conformité de cette approche avec la constitution, il retient alors la thèse du règlement par habilitation.

Cependant cette thèse ne répond pas à la question de la place du règlement local dans la hiérarchie des normes.

En effet si l'affirmation de l'autonomie posait violemment la question de la place du règlement local dans la hiérarchie des normes, la thèse de l'habilitation législative nous dit que le règlement est inférieur à la loi, ce que l'on savait, mais ne nous renseigne pas complètement sur la place du règlement local au regard des autres règlements, notamment ceux de l'Etat. L'arrêt du Conseil d'Etat concernant le Syndicat d'aménagement de Cergy-Pontoise ⁽¹⁴⁴⁾ ne

¹³⁹. L. FAVOREU Colloque d'Angers précité Cahiers du C.F.P.C. n 13 Oct.1983 p XIV, La libre administration des collectivités locales Actes du colloque d'ARC & SENANS 19 & 20 Avril 1984 p 66 ECONOMICA 1984, La problématique constitutionnelle des projets de réforme des collectivités locales R.F.D.A. 1990 p 401

¹⁴⁰.B. FAURE Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, Thèse dactylographiée, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 1992

¹⁴¹. L. FAVOREU Colloque d'Angers précité p IX

¹⁴².J.M. AUBY Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales A.J.D.A. 1984 p. 475,
A.ROUX Le statut constitutionnel des collectivités locales R.F.D.A. 1992 p. 442

¹⁴³.J.M.AUBY Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales. A propos de controverses récents A.J.D.A. 1984 p. 475

¹⁴⁴.C.E. 13/2/1985 SCAAN de Cergy-Pontoise, A.J.D.A. 1985, p. 271

permet pas de conclure à l'exhaustivité de l'habilitation législative pour déterminer ces rapports ⁽¹⁴⁵⁾.

Pour solutionner cette question des rapports entre normes centrales et non centrales, pour expliquer la place particulière de la norme non centrale (non subordonnée à la norme centrale de même niveau) plusieurs auteurs avant Ch. EISENMANN avaient avancé plusieurs arguments: celui de la validité territoriale réduite de la norme seconde ⁽¹⁴⁶⁾ ou celui de la compétence territoriale réduite de l'organe normatif ⁽¹⁴⁷⁾ ou enfin celui de la compétence matérielle de l'organe normatif.

b-1) les réponses territorialistes

" Les réponses territorialistes " ⁽¹⁴⁸⁾ ne peuvent être retenues par définition puisque le problème résulte du chevauchement soit de " compétences territoriales ", soit de " validités territoriales ". CH. EISENMANN les écarte toutes à juste titre mais il fonde cette décision sur la définition même de la norme.

Pour certains auteurs la compétence territoriale des organes pourrait résoudre la question des rapports entre normes prises par un organe central et normes prises par un organe non-central. Ainsi R. CHAPUS écrit qu'" on doit entendre ... par incompétence territoriale le fait pour une autorité administrative de décider relativement à des affaires étrangères à sa circonscription "⁽¹⁴⁹⁾. Cette idée de compétence territoriale se manifeste aussi dans la distinction qu'effectue M. BOURJOL entre le pouvoir réglementaire national et le pouvoir réglementaire local, puisque ce dernier serait "*spécial*, en ce qu'il se rapporte aux affaires d'intérêt local..."⁽¹⁵⁰⁾.

¹⁴⁵ Conclusion à laquelle arrive B. FAURE, Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, p. 241, Thèse dactylographiée, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 1992

¹⁴⁶.H. KELSEN Théorie pure du droit p. 413 & s Dalloz 1962

¹⁴⁷.cf. par ex. cité par Ch. EISENMANN : L. ROLLAND Précis de droit administratif p. 345 Dalloz 10ème éd. nouveau tirage 1953;

¹⁴⁸.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p 31, L.G.D.J.1948

¹⁴⁹.R. CHAPUS Droit administratif général p 639 Montchrestien 4ème éd.1988

¹⁵⁰.M. BOURJOL Libre administration des collectivités territoriales de la République, Jurisclasseur Collectivités locales Fasc.2 p 10

Pour Ch. EISENMANN l'idée de compétence territoriale au sens où l'entendent les auteurs est " le produit d'une singulière illusion d'optique: le droit peut déterminer par des éléments d'ordre territorial les personnes, les actes ou les biens auxquels les normes posées par un organe pourront se rapporter; autrement dit, limiter la compétence de cet organe à des personnes, des biens ou des actes en relation avec un certain territoire. Qu'est ici le territoire? Manifestement rien d'autre que le cadre spatial de ces "objets" ... la délimitation territoriale sert à les circonscrire. Or, on semble perdre ceci de vue; on détache pour ainsi dire ce cadre des objets qu'il enserme; on lui prête une existence du même ordre que la leur; il prend place à côté d'eux, traité désormais en entité distincte, en objet lui aussi "⁽¹⁵¹⁾.

L'idée de compétence territoriale est rejetée parce que "les déterminations spatiales relatives au contenu des normes qu'un organe pourra poser servent à définir ...les personnes, les biens (faits ou situations) sur quoi ses normes pourront valablement porter; nullement le territoire soumis à son autorité"⁽¹⁵²⁾.

La thèse de la validité territoriale des normes a été émise par Kelsen pour lequel "la compétence d'un organe se définirait par le domaine de validité des normes qu'il pose"⁽¹⁵³⁾. Ce domaine de validité s'appréciant aux plans spatial, temporel, matériel et personnel; ainsi "le problème de la centralisation et de la décentralisation de l'Etat se rapporte au domaine de validité territoriale"⁽¹⁵⁴⁾ des normes.

Ch. EISENMANN démontre, qu'une norme est caractérisée par son caractère obligatoire pour ses destinataires, " l'empire territorial des normes ", " l'étendue de leur empire " n'est que "

¹⁵¹.Ibid. p 41, Voir aussi Ch. EISENMANN Les fonctions des circonscriptions territoriales dans l'organisation de l'Administration Mélanges M. WALINE p 415 L.G.D.J. 1974

¹⁵².Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation p 40-41 L.G.D.J.1948

¹⁵³.Ibid. p 42

¹⁵⁴.Ibid. p 43

l'espace où se trouvent les personnes qu'elles régissent " et qu'ainsi le domaine de validité d'une norme ne peut être que personnel ⁽¹⁵⁵⁾ et pour ce motif, il écarte la thèse de H. KELSEN.

b-2) " la réponse "matérialiste""⁽¹⁵⁶⁾

" La réponse "matérialiste"" apparaît a priori plus adaptée à la solution de l'intégration de la norme non-centrale dans le système juridique. En effet, toujours sur le fondement de la compétence personnelle des organes, il suffirait et ce serait le rôle de la question de la centralisation - décentralisation, de définir matériellement cette compétence personnelle.

Une partie de la doctrine voit là, la solution à notre problème ⁽¹⁵⁷⁾. Il est vrai, que l'approche est séduisante puisqu'il suffit de définir "qui fait quoi" pour obtenir la solution. La simplicité de la solution est démentie par la difficulté pratique du partage, parce que cela supposerait une définition a priori d'un domaine des normes secondes et ensuite en son sein du partage de la compétence de faire entre organes centraux et non centraux.

Au-delà de cette difficulté pratique, intervenant au niveau de la norme seconde, l'idée d'un partage de la compétence matérielle organisée par la norme première est recevable a priori mais difficilement admissible à l'examen.

En effet si la norme première fixait un domaine matériel à la norme seconde, ce domaine se distinguerait nécessairement de celui de la norme première, sinon le domaine matériel définirait les organes centraux et non centraux mais ne différencierait plus la norme première de la norme seconde; ce qui est contraire à l'hypothèse, selon laquelle la question ne se pose qu'au niveau de la norme seconde.

En admettant que ce domaine matériel de la norme seconde soit distinct de celui de la norme première, ceci impliquerait l'idée d'une définition matérielle a priori de l'ordre juridique

¹⁵⁵.Ibid p 45 & s

¹⁵⁶.Ibid. p 54

¹⁵⁷.L'affaire locale, clé de répartition est présente chez tous les auteurs. L'obscurité de la notion conduit certains à préférer la définition d'attributions précises pour opérer cette discrimination: par ex. J. CHAPUISAT, La notion

puisque la norme première n'aurait reçu ce "label" que par rapport à un domaine admis, préexistant, asocial, a-historique d'intervention des normes permettant la distinction des matières relevant de la norme première et par déduction de la norme seconde. Or ceci est contraire à notre hypothèse selon laquelle l'ordre juridique est un système de justification.

Cette impossibilité de définir a priori un domaine des normes juridiques explique que la répartition des compétences, pour autant que l'on ait pu la faire, n'ait pu éviter les chevauchements.

En effet, sauf à interpréter ces chevauchements comme une volonté de la norme première, il y a une impossibilité théorique et pratique d'opérer une distinction entre organes centraux et non centraux à partir d'une compétence matérielle ⁽¹⁵⁸⁾. Ceci explique que ces organes disposent d'une même compétence matérielle ou du moins d'une compétence matérielle n'excluant pas nécessairement celle de l'autre. La clause de compétence générale des communes, départements et régions en France en constitue la démonstration, puisque régler par leurs délibérations les affaires de leurs collectivités peut s'appliquer aussi à l'Etat comme le montre le premier alinéa de l'article 20 de la Constitution française de 1958 ⁽¹⁵⁹⁾. M. BOURJOL le souligne en constatant que le pouvoir réglementaire local " est *général* en ce qu'il porte sur toutes les "affaires" de cette collectivité "⁽¹⁶⁰⁾.

Pour sortir de l'impasse on a voulu "localiser" cette clause de compétence générale des collectivités locales afin qu'elle n'entre pas en conflit avec celle des organes centraux. Cette détermination territoriale de la compétence matérielle nous renvoie à la compétence territoriale évoquée précédemment et de plus elle " ne permet ni de déterminer le domaine de compétence des collectivités locales, ni de déterminer la ligne de partage entre les

d'affaires locales, Thèse Paris 1972, Les affaires communales, p 470, A.J.D.A. 1976, La répartition des compétences, p 81, A.J.D.A. 1983;

¹⁵⁸.Ch. EISENMANN fait de la matière un élément objectif de la norme et considère que " l'on doit toujours pouvoir répondre à cette question: sur quelles matières l'organe peut-il valablement statuer?" et plus loin il écrit de façon contradictoire: " Certains organes peuvent statuer sur n'importe quelle matière, ..." Cours de droit administratif, p. 249, tome II, L.G.D.J.1983

¹⁵⁹. 1er alinéa Art.20 Constitution du 4/10/1958: " Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation "

¹⁶⁰.M. BOURJOL Libre administration des collectivités territoriales de la République, Jurisclasseur Collectivités locales Fasc.2 p 10

compétences de l'Etat et des autres collectivités publiques d'une part, entre ces collectivités elles-mêmes d'autre part "(¹⁶¹). Malgré ces difficultés, l'idée que la détermination matérielle des compétences constitue la solution, demeure présente.

Pour l'essentiel la doctrine rejette la thèse de la compétence discrétionnaire de l'organe non-central mais le droit positif réserve la surprise de l'admettre ou du moins de ne pas la rejeter.

B) le droit positif

La question de la centralisation - décentralisation se posant au niveau de la norme seconde, il importe de déterminer celle-ci en priorité.

1) Le caractère second des lois fédérales et de l'Etat fédéré

La norme " seconde " est, a priori, dans un Etat fédéral, la loi de l'Etat fédéré et dans un Etat unitaire, le règlement.

S'il en est ainsi, ceci signifie que dans le respect du principe de hiérarchie des normes, la loi de l'Etat fédéré est subordonnée à la loi fédérale et le règlement à la loi de l'Etat unitaire.

L'affirmation de la suprématie de la loi fédérale sur la loi de l'Etat fédéré apparaît erronée dans la mesure où cela conteste l'idée même de fédération, ainsi que l'avait remarqué Ch. EISENMANN en affirmant que " les législateurs décentralisés, - provinciaux ou d'Etats membres - ne sont pas en principe et de soi, inférieurs au législateur central - d'Etat fédéral- dans la hiérarchie des pouvoirs, leurs deux pouvoirs sont normalement égaux..."(¹⁶²).

Cependant une supériorité semble s'exprimer au travers du principe " Bundesrecht bricht Landesrecht " (droit fédéral brise droit du Land) (¹⁶³). Mais ce principe n'est pas d'application

¹⁶¹.J.M. PONTIER L'Etat et les collectivités locales-La répartition des compétences p 166 L.G.D.J. 1978

¹⁶².Ibid. p. 267

¹⁶³.Ce principe est inscrit dans plusieurs constitutions, cf. par ex.: Art.31 Loi fondamentale de la R.F.A., Art.VI de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique, Art.109 Constitution de la Confédération d'Australie

absolue et ne doit pas être pris à la lettre. La réalité ne renvoie pas, en effet, une image de lien de subordination entre les deux lois ⁽¹⁶⁴⁾. Jamais, à notre connaissance, la loi de l'Etat fédéré n'est annulée ou déclarée inapplicable au motif d'une contrariété avec la loi fédérale, mais pour méconnaissance de la constitution, même si cela ne se manifeste pas dans tous les Etats par l'affirmation que " la législature provinciale a un pouvoir souverain et possède la même autorité que le parlement du Canada dans son domaine de juridiction"⁽¹⁶⁵⁾.

En conséquence, on doit considérer que dans un Etat fédéral, la norme seconde c'est à la fois la loi fédérale et la loi de l'Etat fédéré.

En France, la subordination des règlements à la loi, même si la question a été embrouillée par l'apparition des règlements "autonomes", ne pose désormais plus de problème. Cependant se pose la question des rapports entre règlement local et règlement national. Le premier est-il second par rapport au dernier?

2) Le caractère second des règlements nationaux et locaux

Le droit positif français montre que le règlement local, sauf en matière de police, n'est pas annulé ou considéré comme non applicable au motif de sa contrariété avec le règlement étatique mais pour sa contrariété avec la constitution et la loi ou les principes généraux du droit. Selon B. FAURE, les éléments du droit positif, ne semblent pas apporter d'affirmation textuelle précise d'une subordination du pouvoir réglementaire local au national ⁽¹⁶⁶⁾.

¹⁶⁴.A propos du système de rapports entre pouvoir central et pouvoirs locaux en vigueur en R.F.A., Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Irlande, Italie, Liechtenstein, Pays-Bas, Suisse, Turquie, et Yougoslavie F. RUBIO LLORENTE écrit: "La solution à la pluralité des normes, sur le plan législatif, ne se trouve en aucun cas dans la subordination hiérarchique des lois territoriales aux lois d'Etat ...", Les relations entre le pouvoir central et les pouvoirs territoriaux dans la jurisprudence constitutionnelle, R.F.D.A. 1986, p. 8

¹⁶⁵.M. CROIZAT Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines, p 44, coll. Clefs "Politique", MONTCHRESTIEN, 1992

¹⁶⁶.B. FAURE Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, p 313, Thèse dactylographiée, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 1992

Le propos ne manquera pas de surprendre au regard de l'affirmation, dans un Etat unitaire, de la hiérarchie des actes administratifs telle qu'elle est présentée par la doctrine ⁽¹⁶⁷⁾.

Concernant les règlements, nous réservons l'hypothèse de la police administrative sur laquelle se fondent les auteurs pour affirmer la subordination du règlement local au règlement étatique ⁽¹⁶⁸⁾ dans la mesure où dans ce domaine les collectivités ne disposent pas d'un pouvoir discrétionnaire mais sont soumises à l'autorité hiérarchique de l'Etat qui s'exprime notamment dans le pouvoir de substitution ⁽¹⁶⁹⁾. C'est dire qu'en matière de police il n'y a pas décentralisation au sens d'EISENMANN. Constatons malgré tout et sans aller plus avant pour l'instant, qu'il n'existe pas toujours une subordination du règlement de police locale à celui émis par le titulaire d'une compétence plus vaste ⁽¹⁷⁰⁾.

Or, l'hypothèse de la police ⁽¹⁷¹⁾ mise à part, le contentieux de la légalité des décisions locales en France ne fait pas ressortir à notre connaissance, de cas dans lesquels le juge administratif aurait annulé une décision d'une autorité locale au motif de sa contrariété avec un règlement étatique. Les décisions invoquent la méconnaissance de la constitution, de la loi ou des principes généraux du droit mais le règlement étatique nullement. C'est sans doute ce qui fait dire à J.M. de FORGES que " les règlements pris par les autorités des collectivités décentralisées ne doivent respecter les règlements pris par les autorités supérieures que dans la mesure où la loi le prévoit " ⁽¹⁷²⁾.

¹⁶⁷.J.F. LACHAUME La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français Bibliothèque de droit public L.G.D.J. 1966, cf. aussi Encyclopédie Dalloz Contentieux administratif, Violation de la règle de droit n 319 & s et J.C.Adm. Fasc. 662 n 82 & s

¹⁶⁸.J.F. LACHAUME La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français, p. 66 & s Bibliothèque de droit public L.G.D.J.1966

¹⁶⁹.sur la notion d'autorité hiérarchique et de pouvoirs hiérarchiques voir Ch. EISENMANN Centralisation et décentralisation, p. 76 & s et p. 146 & s et p. 151 & s L.G.D.J.1948 qui se distingue de la doctrine dominante en la matière, voir à cet égard, outre les auteurs cités par Ch. EISENMANN, J.F.LACHAUME La hiérarchie des actes administratifs... précité

¹⁷⁰.C.E. Com. de Nérès les bains 18/4/1902, G.A.J.A. p 68, SIREY 1990

¹⁷¹.Les règles d'urbanisme doivent être intégrées à la police administrative ainsi que l'affirme G. LIET-VAUX au J.C.A. Fasc. 445-1 n 36. Ce caractère est parfaitement démontré dans la décision du Conseil d'Etat qui considère que l'arrêté d'interruption des travaux pris par le Maire sur le fondement de l'article L 480-2 du code de l'urbanisme, est un acte administratif soumis au pouvoir hiérarchique du Préfet; C.E. 16/11/1992 Ville de Paris, R.F.D.A. 1993, p. 603

¹⁷². J.M. de FORGES Droit administratif, p. 241 P.U.F. 1991

Ainsi la répartition des compétences matérielles entre les collectivités territoriales et l'Etat ne s'effectue jamais sur le fondement d'un règlement étatique, mais en vertu de la loi interprétée par le juge ⁽¹⁷³⁾.

L'interventionnisme des collectivités dans le domaine économique, secteur dans lequel pourtant la loi du 2 mars 1982 a affirmé la primauté de l'Etat, offre un bon exemple, puisqu'il est apprécié par le juge au regard de la loi, notamment la deuxième loi de plan, ou des principes d'égalité et de la liberté du commerce et de l'industrie ⁽¹⁷⁴⁾.

Refusée par la doctrine, a priori acceptée par le juge l'existence d'une norme discrétionnaire non-centrale pose la question de savoir comment intégrer cette norme réglementaire locale, ce que J.M. AUBY appelle un " pouvoir initial " ⁽¹⁷⁵⁾; dans le système juridique.

II) Les éléments pour une solution de l'équation "division = unité"

Reconnaître le caractère discrétionnaire de la loi de l'Etat fédéré et du règlement local, c'est à dire leur absence de subordination à la loi fédérale d'une part et au règlement national d'autre part, signifie que dans un même ordre juridique peuvent co-exister deux normes de même niveau c'est à dire deux normes qui ne seraient pas liées par le principe de la hiérarchie des normes.

Cela heurte le sens juridique commun mais ne condamne pas pour autant le propos de Ch. EISENMANN relatif au pouvoir discrétionnaire des collectivités décentralisées. Mais sortir de la contradiction n'est pas aisé.

¹⁷³.J.M. PONTIER L'Etat et les collectivités locales, la répartition des compétences, p. 109 & s, Bibliothèque de droit public L.G.D.J. 1978

¹⁷⁴. cf. Par exemple C.E. 6 juin 1986 Dépt. Côte d'Or, Leb. 156 ou Dépt. Val de Marne 12 Octobre 1990 J.C.P. Ed.Gén. 1991 n 21638

¹⁷⁵.J.M. AUBY Colloque d'Angers précité p XII et Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales A.J.D.A. 1984 p 475

Si la hiérarchie des normes implique l'unicité de la règle à chaque niveau de la hiérarchie, la thèse de M. BOURJOL et de Ch. EISENMANN sera contredite car on ne pourra admettre en même temps dans le cadre de la hiérarchie des normes, l'existence d'une seule norme à chaque niveau de la hiérarchie et dans le cadre de la théorie de la centralisation-décentralisation l'existence possible à un même niveau de la hiérarchie de deux normes autonomes, c'est à dire sans lien entre elles.

Mais affirmer l'unicité de la norme ne condamne pas pour autant la thèse de M. BOURJOL et de Ch. EISENMANN. En effet, il existe une interprétation pernicieuse du principe de la hiérarchie des normes à partir des décisions juridictionnelles.

A) La compatibilité des termes de l'équation

Pour que la division produise de l'unité, il faut que la norme non centrale ne s'ajoute pas à la norme centrale dans le système, sans toutefois, que cela conduise à une subordination de la règle non centrale à la règle centrale.

1) L'unicité de la règle à chaque niveau de la hiérarchie

Le principe de la hiérarchie des normes est lié à l'idée d'unité. Ainsi J.F. LACHAUME remarque que " dans l'ordre juridique interne de type unitaire, la hiérarchie des règles " est " le mécanisme permettant d'assurer l'unité de l'Etat à tous les stades de la réglementation " ⁽¹⁷⁶⁾.

L'unité apparaît comme " synonyme d'uniformité, d'homogénéité en droit,... " ⁽¹⁷⁷⁾ impliquant la soumission du destinataire des normes à une règle unique pour chacune de ses situations appréhendées par le droit. L'unité implique l'unicité et exclut donc l'existence de normes contradictoires.

Remarquons tout d'abord que H. KELSEN dans son étude des conflits de normes n'envisage pas à propos des " conflits entre normes de même degré " notre hypothèse à savoir un conflit

¹⁷⁶.J.F. LACHAUME La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français p 2 L.G.D.J. 1966

¹⁷⁷.M.H. FABRE L'unité et l'indivisibilité de la République, réalité? fiction? R.D.P. 1982 p 614

entre normes de même degré mais édictées par des organes différents. En effet il n'envisage que le conflit entre normes de même degré édictées par un même organe à des moments différents ou celui entre les dispositions d'un même acte pris par un même organe ⁽¹⁷⁸⁾. Ceci n'est pas un oubli mais découle de l'idée de validité spatiale des normes.

Cependant pour l'éminent auteur la proposition selon laquelle un organe pourrait en même temps dire une chose et son contraire est absurde, il en est de même lorsque ces deux choses sont dites par des organes différents. Il faut considérer que les normes émises par ces organes " sont dépourvues de valeur pragmatique, elles sont impraticables du fait que l'on ne peut obéir à l'une sans contrevenir à l'autre ⁽¹⁷⁹⁾.

L. DUGUIT dessinait la situation du destinataire de ces normes "ou bien l'individu considéré, en présence de cette contradiction, ne sera obligé d'obéir ni à l'une ni à l'autre volonté; ... ou bien, au contraire, l'individu sera obligé d'obéir au commandement de l'une et par suite, de désobéir au commandement de l'autre qui le contredit; alors l'une des volontés commandantes ne pourra pas imposer son ordre, puisque l'ordre donné par l'autre est supérieur et que c'est à cet ordre seulement que doit obéir le gouverné. L'une des volontés commandantes n'est donc pas une volonté indépendante, puisqu'on ne lui doit obéissance que si des ordres sont conformes à ceux d'une autre volonté;..."⁽¹⁸⁰⁾.

Laissons de côté pour l'instant la conclusion à laquelle arrive L. DUGUIT et retenons que le destinataire d'une norme ne peut être écartelé par l'observation des normes auxquelles il est assujetti et qu'ainsi à un même niveau de la hiérarchie il n'existe qu'une norme, nonobstant le fait que deux organes soient habilités à la prendre simultanément. Cette conclusion résulte du fait que l'homme est l'unique destinataire des normes. Ceci implique pour une raison physique, l'unicité de la norme applicable et pour l'assurer " le droit lui-même comporte des principes et institue des procédures en vue de prévenir ou d'éliminer ces antinomies ... "⁽¹⁸¹⁾.

¹⁷⁸.H. KELSEN Théorie pure du droit p 275 Traduction française de la 2ème éd., DALLOZ 1962

¹⁷⁹.P. AMSELEK Ontologie du droit et logique déontique, p 1026, R.D.P. 1992

¹⁸⁰.L. DUGUIT Traité de droit constitutionnel tome II p 119 BOCCARD 1928

¹⁸¹.P. AMSELEK Ontologie du droit & logique déontique, p 1026, R.D.P. 1992

Le droit positif en rapporte la preuve. Dans un Etat fédéral, le principe " droit fédéral brise droit local" traduit l'idée, qu'en cas de conflit entre norme centrale et norme locale, celle-ci s'efface dans l'attente de la résolution du litige pour garantir l'aspect unitaire présent dans l'Etat fédéral. En d'autres termes le principe renvoie plus au régime de la chose décidée dans notre droit administratif qu'à la consécration d'une supériorité hiérarchique de la loi fédérale sur la loi de l'Etat fédéré ⁽¹⁸²⁾.

Si l'on examine la jurisprudence française relative aux rapports règlement local - règlement national on constate que toujours une seule norme est, par le juge, reconnue applicable à l'espèce, par l'admission ou non de la légalité de la norme réglementaire nationale ou locale.

Le juge exprime ainsi l'idée selon laquelle un " conflit de normes représente une absurdité "⁽¹⁸³⁾ dans la mesure où l'unité de l'ordre juridique " peut être décrit en propositions de droit qui ne se contredisent pas "⁽¹⁸⁴⁾.

L'unicité de la norme applicable à un degré donné de la hiérarchie contredit la définition de la décentralisation de Ch. EISENMANN dans la mesure où selon lui la décentralisation implique la reconnaissance d'une compétence personnelle limitée notamment territorialement, discrétionnaire et donc la capacité d'édicter des normes susceptibles d'être en concurrence avec une compétence personnelle plus vaste notamment territorialement et tout autant discrétionnaire. L'idée de l'autonomie du règlement local qu'exprime M. BOURJOL traduisant la thèse de Ch. EISENMANN au plan normatif réglementaire, se trouve donc elle aussi en contradiction avec le principe de l'unicité de la norme à chaque niveau de la hiérarchie.

On se trouve ainsi devant des propositions dont aucune ne se vérifie. La thèse de L. FAVOREU est contredite par le fait que jamais, par principe, le règlement local n'est annulé

¹⁸². " La loi fédérale s'applique donc d'emblée, sauf à être considérée ultérieurement comme inconstitutionnelle par le juge compétent " S. RIALS Destin du fédéralisme p 18 L.G.D.J. 1986

¹⁸³.H. KELSEN Théorie pure du droit p 274 Traduction française de la 2ème éd. DALLOZ 1962

¹⁸⁴.Ibid. p 273

pour contrariété avec le règlement national et la thèse de M. BOURJOL et de Ch. EISENMANN se heurte au principe d'unité interdisant que le destinataire des normes soit soumis à des normes contradictoires.

2) L'unicité de la norme n'implique pas la subordination de l'acte écarté

Pour sortir des contradictions mises en évidence précédemment, on est conduit à affirmer qu'il existe nécessairement un lien entre les normes d'un même degré de la hiérarchie traduisant ainsi le principe d'unicité de la norme, contrariant alors M. BOURJOL et Ch. EISENMANN; mais que ce lien n'est pas un lien de subordination contrairement à l'affirmation de L. FAVOREU.

En effet de cette unicité, nul ne peut tirer l'idée d'une subordination du règlement écarté au règlement appliqué.

D'abord parce qu'en affirmant cette subordination, on crée un nouveau niveau hiérarchique dans un ordre juridique organisé autour d'une individualisation croissante des normes: en haut la norme centrale, au milieu la norme non-centrale déduite de la précédente et en bas la norme individuelle appliquant la norme non-centrale. Ainsi les collectivités non-centrales membres de cette chaîne d'exécution, donc simples exécutantes, n'auraient pas de volonté propre, ce qui ne correspond pas à la réalité puisque la clause générale de compétence constitue un "pouvoir d'initiative "⁽¹⁸⁵⁾.

Ensuite il ne viendrait à l'esprit de personne d'affirmer, lorsque le règlement local est appliqué au détriment du règlement "plus vaste" (cf. en France C.E. Commune de Nérès les Bains 18/4/1902, S.1902.3.81 ou C.E. 3/7/1931 Ville de Clamart, S.1932.3.1 ou encore C.E. Ville de Nanterre 20/11/1964, A.J.D.A.1964 p 686), que le règlement local est supérieur au règlement " plus vaste " et dès lors la proposition inverse ne saurait être plus crédible.

¹⁸⁵.B. FAURE Le pouvoir réglementaire des collectivités locales p 90, Thèse dactylographiée, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 1992

On ne peut non plus affirmer que la hiérarchie des normes est l'expression d'une hiérarchie des organes, puisque dans les hypothèses précédentes cela conduirait à admettre que les organes locaux concernés étaient hiérarchiquement supérieurs à ceux dont la norme n'avait pas été retenue. Le propos est manifestement incongru.

Par ailleurs, on ne peut affirmer en soi la suprématie d'un organe ⁽¹⁸⁶⁾ mais on peut reconnaître celle-ci en fonction " de la nature de la puissance conférée à chacun ..." ⁽¹⁸⁷⁾. La question a été essentiellement discutée à propos de la supériorité de la loi sur le règlement et R. CARRE DE MALBERG a montré qu'" une telle puissance chez le législateur ne peut pas être rattachée uniquement à l'idée d'une gradation de qualités et de pouvoirs entre le Parlement et l'Exécutif. Car elle ne s'analyse pas seulement en puissance d'un degré supérieur, mais la vérité est qu'elle apparaît comme douée des caractères et des vertus propres à la souveraineté elle-même " ⁽¹⁸⁸⁾. C'est pourquoi la suprématie des normes législatives ne sont pas liées à leur édicition par le Parlement mais au fait qu'il s'agit de dispositions législatives, peu important la définition matérielle ou formelle de leur caractère législatif comme le montre par exemple, le refus de contrôle par le juge administratif des actes législatifs pris par le Président de la République dans le cadre de l'article 16 ⁽¹⁸⁹⁾.

Si on peut admettre que le Président dans le cadre de l'article 16 détienne à titre transitoire la souveraineté et expliquer ainsi l'absence de contrôle du juge sur les dispositions à caractère législatif et ainsi justifier sa " supériorité organique ", cette même idée de puissance contenue dans un organe ne permet pas d'expliquer toute les situations du droit positif. En effet lorsque

¹⁸⁶.certains auteurs semblent pourtant y faire référence; ainsi: J.M. AUBY affirme que "Les compétences normatives des autorités publiques varient selon leur place dans la hiérarchie des organes et il résulte une certaine hiérarchie "statique", un étagement des normes ". Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public; éléments de problématique, p 23 Mélanges PELLOUX, L'HERMES 1980; R.G. SCHWARTZENBERG écrit: " La notion de force juridique est la résultante de trois éléments: le rang dans une hiérarchie des normes - elle-même calquée sur une hiérarchie des organes ..." L'autorité de chose décidée, p 4, L.G.D.J. 1969.

¹⁸⁷.R. CARRE DE MALBERG cité par J.F. LACHAUME dans La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français p 4 L.G.D.J. 1966

¹⁸⁸.R. CARRE DE MALBERG La loi, expression de la volonté générale p 46 Réimpression de l'éd.de 1931, ECONOMICA 1984

¹⁸⁹.cf. à ce propos G. BERLIA Le contrôle du recours à l'article 16 et de son application R.D.P. 1962 p 288, Conclusions du Commissaire du Gouvernement HENRY sur C.E. 2/3/1962 Sieur Rubens de Servens R.D.P. 1962 p 294, G. MORANGE Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16 DALLOZ 1962 p 110, Chronique de jurisprudence de Messieurs GALABERT et GENTOT A.J.D.A. 1962 p 214

le juge administratif déclare qu'une loi ne dit pas ce qu'elle dit, comme dans l'hypothèse de l'arrêt Dame Lamotte ⁽¹⁹⁰⁾, ce type de raisonnement à partir de la place de l'organe énonciateur de la norme dans une prétendue hiérarchie des organes ne peut être retenu.

En fait, la supériorité d'une norme sur une autre résulte en dernière analyse du comportement du juge chargée d'en faire l'application ou d'en contrôler la régularité ainsi que l'avait montré R. CHAPUS à propos de la place des principes généraux du droit dans la hiérarchie des normes, et pour cela il faut rechercher "auxquelles des normes soumises à son jugement il est supérieur, et auxquelles de ces normes il est inférieur" ⁽¹⁹¹⁾. Cependant même cette proposition doit être nuancée puisqu'ainsi que le démontre M. TROPER le travail d'interprétation auquel se livre le juge pour dire la norme applicable ou pour apprécier la régularité d'une norme, le conduit à déterminer librement par interprétation la norme supérieure applicable (par ex. jp. Dame Lamotte précitée) à laquelle sera confrontée la situation dont la régularité est à apprécier ou la norme dont la régularité est en cause ⁽¹⁹²⁾. Cet auteur montre qu'il n'existe pas de hiérarchie abstraite des normes mais uniquement par l'application qu'en font les acteurs de la vie juridique et notamment le juge. La hiérarchie est un résultat, elle n'est pas une donnée.

Si, ni la place de l'organe énonciateur de la norme, ni la place du juge contrôleur de la norme ne permet de déterminer a priori la place d'une norme donnée dans la hiérarchie des normes, l'on voit bien que lorsque le juge consacre le règlement local au détriment du règlement national, il n'affirme pas pour autant la supériorité du premier sur le second; supériorité d'ailleurs qu'il serait en mal d'établir puisque les normes dont il se sert, pour interpréter ou pour apprécier la validité d'autres normes ne sauraient se situer dans notre hypothèse qu'" au niveau que son rang leur assigne: un niveau qui est à la fois infra-législatif et supra-décrétal "⁽¹⁹³⁾. En effet ceci reviendrait à dire que le règlement reconnu applicable se situe à un niveau supra - décrétal (réglementaire), ce qui pour un juge du règlement est pour le moins original!!!

¹⁹⁰.C.E.17/2/1950 Ministre de l'agriculture contre Dame Lamotte R.D.P.1951 p 478, G.A.J.A. 9ème éd. 1990 p 433

¹⁹¹.R. CHAPUS De la soumission au droit des règlements autonomes, p. 124 DALLOZ Hebd.1960

¹⁹².M. TROPER Le Problème de l'interprétation et la théorie de la supra légalité constitutionnelle, p. 147 Mélanges EISENMANN 1975

¹⁹³.R. CHAPUS De la soumission au droit des règlements autonomes, p. 124 DALLOZ Hebdo. 1960

Dans sa thèse consacrée aux combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative, H.M. CRUCIS montre que le juge peut combiner les normes en donnant la préférence à l'une d'entre elles ⁽¹⁹⁴⁾. Cette préférence; le juge l'accorde soit à la norme spéciale ⁽¹⁹⁵⁾, soit à celle qui aggrave les dispositions normatives ⁽¹⁹⁶⁾. En toute hypothèse, cette démarche du juge est propre à la situation dans laquelle il se trouve confronté à deux normes situées au même niveau hiérarchique ⁽¹⁹⁷⁾.

Pour sortir de l'impasse dans laquelle deux actes ayant été émis par deux organes distincts, il n'existe qu'une norme dégagée (préférée) par le juge en éliminant l'autre, sans que la préférée subordonne l'autre, ni exprime une quelconque hiérarchie entre les organes, je propose de recourir à la théorie de la séparation des pouvoirs.

B) La séparation des pouvoirs: hypothèse de solution de l'équation

" Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté;..."⁽¹⁹⁸⁾.

Cette idée a été interprétée par une large partie de la doctrine comme imposant la séparation des pouvoirs à partir d'une distinction des fonctions remises à des organes spécialisés dans l'exécution de celles-ci ⁽¹⁹⁹⁾.

¹⁹⁴. H.M. CRUCIS Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative, p. 115 & s, L.G.D.J. 1991

¹⁹⁵.Ibid. p 128

¹⁹⁶.Ibid. p 134

¹⁹⁷.Ibid. p 125 & 140

¹⁹⁸.MONTESQUIEU L'esprit des lois Livre XI, Chap. VI, p 294 GARNIER-FLAMMARION 1979

¹⁹⁹.sur cette question cf. Ch. EISENMANN L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs, Mélanges R. CARRE DE MALBERG p 165, Librairie DUCHEMIN 1977 et M.TROPER La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française L.G.D.J. 1980

L'organisation des collectivités a été parfois regardée à partir de son interprétation fonctionnelle ⁽²⁰⁰⁾ mais la question de la centralisation-décentralisation est généralement laissée à l'écart de la théorie de la séparation des pouvoirs, même si elle apparaît en filigrane.

L'idée de MONTESQUIEU selon laquelle les trois puissances du pouvoir "par le mouvement nécessaire des choses, ... sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert"⁽²⁰¹⁾, fonde une unité qui concernant notre question permet d'appréhender les rapports entre organes centraux et non-centraux.

Pour réaliser cette unité, MONTESQUIEU propose de diviser la production de la norme en distinguant la faculté de statuer remise à un organe de la faculté d'empêcher remise à un autre organe ⁽²⁰²⁾.

Or cette idée est présente chez Ch. EISENMANN puisqu'elle constitue le support de l'une des solutions au problème de la centralisation - décentralisation. Parmi ses solutions figure la semi-décentralisation qui s'exprime par " la nécessité pour les décisions normatrices, pour l'édiction des normes, du double consentement d'un organe central et d'un organe décentralisé "⁽²⁰³⁾.

La liaison établie entre la théorie de la séparation des pouvoirs et celle de la centralisation-décentralisation apparaît donc légitime tant au plan historique qu'intellectuel.

²⁰⁰. M. BOUVIER-AJAM écrivait: " La constitution de 1848 affirme que "la séparation des pouvoirs est la première condition d'un gouvernement libre". Elle établit donc avec force la distinction entre législatif - confié sur le plan national à une assemblée élue au suffrage universel- et l'exécutif - confié sur le plan national à un président de la République également élu au suffrage universel. Le principe de la séparation des pouvoirs est partiellement appliqué à l'organisation communale: le système antérieur est maintenu dans les communes de 20 000 habitants et plus, mais pour les communes de moins de 20 000, le Conseil municipal est élu au suffrage universel. En outre, dans les communes de moins de 6000 habitants, le maire est élu par le Conseil ..., alors que, dans les autres communes, il est choisi par le gouvernement, mais obligatoirement parmi les membres du Conseil municipal.

La distinction entre les attributions du Conseil et celles du Maire ... atteint une grande netteté, le Conseil ayant essentiellement la fonction réglementaire - par ses délibérations - et le maire la fonction exécutive - par ses arrêtés et autres décisions. Le conseil détermine la politique municipale et le maire la met en oeuvre, la réalise ". Manuel technique et pratique du Maire p 26& s, Ed. SOCIALES 1964.

²⁰¹.MONTESQUIEU L'esprit des lois, p 302, Tome 2, GARNIER-FLAMMARION 1979

²⁰².MONTESQUIEU L'esprit des lois livre XI, Chap.VI p 298 GARNIER-FLAMMARION 1979

²⁰³.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation p 93, DALLOZ 1948

1) La séparation des pouvoirs, arrière-plan de la centralisation - décentralisation

La protection des libertés locales en constitue le motif, la création d'intermédiaires entre le pouvoir central et le peuple, le moyen.

Si la théorie de la séparation des pouvoirs " n'est pas un critère utile "⁽²⁰⁴⁾ à la classification des régimes politiques, c'est un " principe de science politique "⁽²⁰⁵⁾ assurant " le gouvernement modéré, l'exercice tempéré du pouvoir politique, où MONTESQUIEU voyait la condition première et essentielle de la liberté politique..."⁽²⁰⁶⁾.

"La rédaction des premières constitutions écrites a été liée directement à la sauvegarde des prérogatives individuelles face à l'autorité publique". La séparation des pouvoirs n'est " qu'un moyen mis au service " de la liberté ⁽²⁰⁷⁾.

La révolution française en fournit de nombreuses démonstrations. " Laissez aux communes le pouvoir de régler elles-mêmes leurs propres affaires en tout ce qui ne tient pas essentiellement à l'administration générale de la République " s'écriait ROBESPIERRE à la Convention le 10 mai 1793 et HERAULT-SECHELLES dans son rapport sur le second projet de Constitution déclarait lors de la séance du 10 juin 1793 " Pouvions-nous ne pas conserver les municipalités, quelque nombreuses qu'elles soient? Ce serait une ingratitude envers la révolution, et un crime contre la liberté; ..." ⁽²⁰⁸⁾.

²⁰⁴.M.TROPER La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française p 15 L.G.D.J. 1980

²⁰⁵.J. ROSSETTO Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels p 35 Thèse dactylographiée Poitiers 1982

²⁰⁶.Ch. EISENMANN L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs dans Mélanges CARRE DE MALBERG p 188 Librairie Duchemin 1977

²⁰⁷. P. BASTID L'idée de constitution, p. 153 ECONOMICA 1985

²⁰⁸.Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la Tribune Nationale, ROBESPIERRE p. 323 et HERAULT-SECHELLES p. 351, Tome XII, A.EYMERY Libraire, Paris 1820

On voit des hommes politiques et certains auteurs assimiler la liberté locale à une liberté publique ⁽²⁰⁹⁾, idée à laquelle renvoie l'expression constitutionnelle "... s'administrent librement...".

Par ailleurs, cette théorie ne peut se réduire à " un simple aménagement de procédures consistant à diviser en plusieurs branches le pouvoir central. Dans l'équilibre qu'il a en vue, MONTESQUIEU souhaite également que certains groupes sociaux puissent faire contrepoids à l'organisation étatique..."⁽²¹⁰⁾. BOISSY D'ANGLAS rapporte l'existence de cette volonté en 1791 puisque selon lui "les membres de l'Assemblée constituante, combattus entre le désir de conserver le trône et celui de le miner sourdement, entre la crainte de lui laisser prendre trop de pouvoir et celle de ne pas consolider son autorité, avaient cru devoir établir dans chaque département une autorité secondaire assez forte pour résister aux usurpations du monarque; ... ⁽²¹¹⁾. Ces pouvoirs intermédiaires sont la condition de l'existence de la " loi fondamentale"⁽²¹²⁾.

Ceci n'est pas étranger au fait que des auteurs évoquent "un pouvoir municipal" ⁽²¹³⁾ ou affirment que "les pouvoirs publics comprennent le pouvoir local"⁽²¹⁴⁾ qui constituerait le quatrième pouvoir, après le législatif, l'exécutif et le judiciaire ⁽²¹⁵⁾.

²⁰⁹. M. BOURJOL Jurisclasseur Collectivités locales Fasc.2; L. de TINGUY Rapport sénatorial n 307 2^{ème} session ordinaire 1978-1979 sur le projet de loi pour le développement des responsabilités des collectivités locales

²¹⁰.J. ROSSETTO Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels, Thèse précitée, p. 37

²¹¹. BOISSY D'ANGLAS Discours préliminaire au projet de constitution prononcé dans la séance de la Convention le 23/6/1795, p 140,Tome XV, Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la Tribune Nationale, A.EYMERY Libraire, 1821

²¹².MONTESQUIEU L'esprit des lois Livre II Chap. IV p 139 GARNIER-FLAMMARION 1979

²¹³. Gazette Nationale-Le Moniteur Universel Lundi 30 Novembre 1789 n 100, adoption des articles 29 à 51 de la loi du 14 décembre 1789 sur les municipalités; Révolution Française-Assemblée Constituante Tome II p 272 PLON Réimpression de l'ancien Moniteur 1860

²¹⁴. P. COT J.O. Débats Ass. Nat. Const. 17 Avril 1946 p 1922

²¹⁵.H. du PANSEY Du pouvoir municipal cité par M.BOURJOL dans Cours dactylographié Administration régionale et locale, Faculté de droit de TOURS 1982-1983 p.9

Ces conceptions eurent un impact réel sur les législateurs ⁽²¹⁶⁾ mais elles n'ont jamais été véritablement admises.

Ainsi THOURET lors des débats sur la constitution à la constituante après avoir évoqué la "constitution municipale" déclarait: "Commençons par bien fixer quelle est la nature de cette constitution. Le régime municipal, borné exclusivement au soin des affaires particulières et pour ainsi dire privées de chaque ressort municipalisé, ne peut entrer, sous aucun rapport, ni dans le système de la représentation nationale, ni dans celui de l'administration générale"⁽²¹⁷⁾.

En 1946, René CAPITANT soulignait que ne relevait pas du constituant chargé de "l'organisation des pouvoirs publics, c'est à dire du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire " le soin d'organiser les collectivités locales ⁽²¹⁸⁾.

Plus récemment encore, les débats sur les lois de décentralisation du début du premier septennat de F. MITTERRAND ont montré, notamment au Sénat, cette volonté de ne pas voir les collectivités " affaiblir l'Etat "⁽²¹⁹⁾.

Cette longue évocation montre que la question de la centralisation-décentralisation entretenait des liens dans l'esprit des gens avec celle de la séparation des pouvoirs. La semi-décentralisation exposée par Ch. EISENMANN incruste plus encore les deux notions l'une dans l'autre.

2) La semi - décentralisation, fondement théorique du rapprochement

²¹⁶. F. BURDEAU Liberté, libertés locales chéries p 40 et s CUJAS 1983

²¹⁷. M. THOURET La gazette nationale-Le moniteur universel du 29 au 30 Septembre 1789 Réimpression du Moniteur tome 1 p. 531 PLON 1860

²¹⁸. R. CAPITANT Débats Ass. Nat. Const. J.O. 2ème séance du 16/4/1946 p 1921

²¹⁹. M. GIRAUD Rapport sénatorial 1ère session ordinaire 1981-1982 n 33 sur le projet de loi relatif aux droits et libertés des communes, départements et régions, Tome 1, p. 59 et s, et p. 127

C'est en présentant les solutions au problème de la distinction centralisation - décentralisation que Ch. EISENMANN évoque la division du pouvoir sous la forme de la "semi - décentralisation" qui constitue le troisième type de solution du problème.

Ce type correspond à la situation dans laquelle une activité normatrice est " organisée de telle façon qu'en soient maîtres, chacun relativement à une fraction de la collectivité, une pluralité d'organes tous composés de deux éléments: l'un qui fasse partie exclusivement de l'organe compétent pour une fraction; l'autre qui fasse simultanément partie de l'organe compétent pour chacune des fractions "⁽²²⁰⁾.

Pour arriver à cette maîtrise partagée de l'activité normatrice, les organes doivent y participer sur un pied d'égalité, " ce qui pour des activités normatrices ... signifie: faire du consentement de l'un et du consentement de l'autre, la double condition, également indispensable, de l'entrée en vigueur des normes, en subordonner la création à leur double assentiment, à l'accord de tous deux "⁽²²¹⁾.

Cette situation est reconnue selon l'auteur dans deux hypothèses:

- lorsque l'entrée en vigueur dépend d'une décision librement prise par cet organe soit de la provoquer, soit de ne pas l'empêcher ";
- lorsqu'après leur entrée en vigueur du seul fait de l'adoption par l'un, l'autre "peut immédiatement et sans délai, par une décision librement arrêtée, mettre un terme à cette vigueur "⁽²²²⁾.

Pour Ch. EISENMANN dans cette " technique que l'on appelle "la division du pouvoir"; ... le pouvoir reste **UN**, même s'il est attribué à plusieurs ensemble "⁽²²³⁾.

²²⁰.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p. 87, DALLOZ 1948

²²¹.Ibid. p 92

²²².Ibid. p 93

²²³.Ibid. p 93, la distinction de l'article indéfini "un" est de mon initiative.

Or si l'on rapporte cela à la définition que donnait Ch. EISENMANN de la séparation des pouvoirs en matière législative, domaine qui selon lui peut être concerné par la question de la centralisation - décentralisation; on s'aperçoit qu'il y a une certaine parenté entre les deux notions.

Pour l'auteur " détenir le pouvoir législatif, c'est avoir compétence pour édicter ces règles " (²²⁴). Or ceci correspond à ce qu'il définit comme étant la maîtrise d'une activité dans sa théorie de la centralisation (²²⁵) et de la décentralisation (²²⁶).

Pour lui " les pouvoirs sont séparés dès lors qu'ils ne sont pas confondus, c'est à dire dès que l'exercice n'en est pas attribué au même organe " (²²⁷) et que le consentement des divers organes est exigé pour l'édiction (²²⁸). Cette idée a été reprise par M. TROPER qui considère " qu'un acte juridique a pour auteur tous ceux ... qui disposent d'une participation décisionnelle à la procédure d'édiction de cet acte, c'est à dire tous ceux sans l'accord desquels l'acte ne peut être édicté et ne peut produire aucun effet juridique " (²²⁹).

Or c'est ce qui structure sa théorie de la semi - décentralisation puisqu'elle se caractérise par le " double consentement d'un organe central et d'un organe décentralisé " (²³⁰).

Ceci coïncide avec la distinction effectuée par MONTESQUIEU des facultés de statuer et d'empêcher dans l'exercice du gouvernement. En effet pour cet auteur, ces deux facultés permettent de diviser le pouvoir tout en assurant son unité par la dépendance dans laquelle se trouvent les uns envers les autres, les organes du pouvoir.

²²⁴.Ibid. p 166 note 2

²²⁵.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p 70, DALLOZ 1948

²²⁶.Ibid. p 86

²²⁷.Ch. EISENMANN L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs, p 180, Mélanges Carré de Malberg, Réimpression de l'éd. de 1933, Librairie DUCHEMIN 1977

²²⁸.ibid. p 166 note 2

²²⁹.M.TROPER La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, p 24, L.G.D.J. 1980

²³⁰.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p 93, DALLOZ 1948

La division du pouvoir apparaît dans la définition des facultés:

" J'appelle faculté de statuer, le droit d'ordonner par soi-même ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre. J'appelle faculté d'empêcher, le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre;...Et, quoique celui qui a la faculté d'empêcher puisse avoir aussi le droit d'approuver, pour lors cette approbation n'est autre chose qu'une déclaration qu'il ne fait point usage de sa faculté d'empêcher, et dérive de cette faculté "⁽²³¹⁾.

L'union, la dépendance des organes dans l'exercice du pouvoir ressort de sa présentation de "la constitution fondamentale du gouvernement " dans laquelle " Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les deux seront liées par la puissance exécutive, qui le sera elle-même par la législative. Ces trois puissances devraient former un repos ou une inaction. Mais comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert "⁽²³²⁾.

Chapitre II La centralisation - décentralisation se rattache à la séparation des pouvoirs

La séparation des pouvoirs est pour G.VEDEL une " notion organique et formelle " ⁽²³³⁾ qui à ce titre n'était pas étrangère à la question de la centralisation - décentralisation dont l'objet est l'organisation du pouvoir normatif.

Le système juridique étant un système de justification, la centralisation - décentralisation est insérée dans ce système de façon à garantir ainsi l'unicité de la norme du niveau hiérarchique concerné.

La séparation des pouvoirs construit l'unité dans la division, la centralisation - décentralisation a la même ambition.

²³¹. MONTESQUIEU L'esprit des lois, Livre XI Chap. VI p 298-299, Tome 1, GARNIER-FLAMMARION, 1979

cf. aussi sur la transposition de ces facultés à l'étude de la centralisation et décentralisation Ch. EISENMANN Centralisation et décentralisation p 78 & s, p 93 & s, p 100 & s, p 104 et p 146 & s L.G.D.J. 1948

²³².Ibid. p 302

²³³.G.VEDEL Les bases constitutionnelles du droit administratif E.D.C.E. 1954 p 31

Il convient dès lors de déterminer comment dans la question de la centralisation - décentralisation s'expriment les facultés de statuer et d'empêcher (Section I) et comment sera assuré l'unicité de la norme (Section II).

Section I) L'identification des rapports entre organes centraux et non centraux à l'exercice des facultés de statuer et d'empêcher

Si l'on examine les rapports entre la règle locale et la règle étatique, qu'il s'agisse de normes législatives ou réglementaires, on constate qu'organes centraux et locaux sont étroitement liés dans la production de la norme par la remise aux uns et aux autres de la faculté de statuer et de la faculté d'empêcher qui se traduisent selon différents procédés techniques.

Les relations organes centraux - organes locaux s'organisent autour d'une capacité d'initiative reconnue à chaque organe et de la possibilité de s'opposer à celle-ci reconnue à l'un sur l'action de l'autre, soit en la soumettant à approbation, soit en l'annulant, soit enfin par la substitution de sa propre action à l'action ou l'inaction de l'autre. Il importe de reconnaître lesquels de ces procédés s'apparentent à l'exercice de la faculté d'empêcher d'une part et à celui de la faculté de statuer d'autre part.

I) Les moyens de la faculté de statuer

On l'a vu en examinant la place du règlement local dans la hiérarchie des normes, cette faculté de statuer reconnue à des organes non centraux est admise généralement par la doctrine et le droit positif en rend compte puisque le juge la consacre en admettant ou non sa légalité.

En effet l'existence de cette activité normative, qu'on lui refuse l'appellation " pouvoir réglementaire" ⁽²³⁴⁾ ou qu'on la baptise ainsi ⁽²³⁵⁾, ne peut être et n'est pas contestée.

L'existence de cette faculté de statuer constitue un présupposé de la problématique de la centralisation - décentralisation. En effet pour que se pose la question de savoir si une activité est centralisée ou décentralisée, il faut nécessairement que des organes non-centraux disposent de la faculté de statuer que MONTESQUIEU définit comme celle d'ordonner ou de corriger ce qui l'a été.

²³⁴.F.P. BENOIT Les attributions générales Encyclopédie DALLOZ COLLECTIVITES LOCALES p 4012-21

²³⁵.M. BOURJOL Libre administration des collectivités territoriales de la République JURIS-CLASSEUR COLLECTIVITES LOCALES Fasc.2 p 10 & s

A) La faculté d'ordonner, élément de la faculté de statuer

Cette faculté d'ordonner s'organise en droit autour des notions de pouvoir, de capacité, de compétence et d'attribution. Or la définition de chacune d'elles ne semble pas aisée ⁽²³⁶⁾.

1) La distinction capacité - compétence

Pour L. DUGUIT " la capacité est ... le pouvoir de faire un acte juridique. Dans la terminologie du droit public, on emploie le mot compétence, qui est pris parfois dans un sens plus large. Mais en réalité le mot compétence ... et le mot capacité expriment une même chose ⁽²³⁷⁾".

M. WALINE ⁽²³⁸⁾ s'élève contre cette confusion entre compétence et capacité car ces notions n'ont pas le même but. Pour distinguer ce but, M. WALINE ne part pas de la capacité et de la compétence mais de l'incapacité et de la limitation de compétence. Ceci est curieux d'une part parce que l'auteur veut définir ces termes non pas intrinsèquement mais par leur but et d'autre part parce que ce n'est pas le but de la capacité ou de la compétence qui est saisi mais celui de l'incapacité et la compétence limitée. Or l'incapacité ou la limitation de compétence peuvent poursuivre des buts similaires ou différents sans que l'on puisse en déduire l'unité ou la pluralité de buts de la capacité ou de la compétence, tout dépendant justement de la définition du ou des buts de la capacité ou de la compétence. Un but unique de la capacité (permettre la réalisation d'actes juridiques) pourra déboucher sur une pluralité de buts de l'incapacité (protection de l'incapable, protection des tiers...etc.). L'argumentation de la distinction capacité - compétence sur ce fondement doit donc être rejetée.

²³⁶. Pour une approche critique et synthétique de ces notions cf. J.M. PONTIER L'Etat et les collectivités locales - La répartition des compétences - p 29 & s L.G.D.J. 1978

²³⁷. L. DUGUIT Traité de droit constitutionnel, Tome 1 p 355, BOCCARD 1927; cf. en droit civil " La capacité est l'aptitude d'une personne à être titulaire de droits et à les exercer " L. JULIOT DE LA MORANDIERE, Droit civil, tome 1 p 27, DALLOZ 1965 et J.L. AUBERT pour lequel la capacité des personnes c'est " leur aptitude à l'activité juridique et en l'occurrence, ... à créer et à assumer des obligations civiles ". Introduction au droit p 236, Coll. U, A.COLIN 1984

²³⁸. M. WALINE Traité de droit administratif p 417 8ème éd. SIREY 1959

Ceci montre que l'on ne peut définir des concepts à partir de leur but et encore moins à partir des buts de ce qui est présenté comme étant le concept contraire. L'on doit définir positivement les notions sinon l'on risque d'induire de curieuses conclusions. Ainsi affirmer comme M. WALINE que la limitation de compétence a pour but "d'abord la protection des administrés contre les abus de pouvoir"⁽²³⁹⁾ conduit à la proposition inverse à savoir la compétence a pour but d'ouvrir les administrés aux abus de pouvoirs! L'incongruité du propos montre qu'en fait seul l'Etat de droit peut permettre de parler d'abus de pouvoir, de compétences et de limitation de compétence et M. WALINE le rappelait justement mais par une expression critiquable.

L'analyse de M. WALINE ne peut être retenue pour d'autres motifs.

Il différencie capacité et compétence à partir des conséquences de l'incapacité et de l'incompétence. D'abord seul l'incapable pourrait se prévaloir de la nullité de son acte, alors que toute personne peut se prévaloir de la nullité de l'acte pris par un incompetent. L'argument n'en est pas un. Cette différence n'existe pas dans toutes les hypothèses d'incapacité. Les incapacités de jouissance et particulièrement celles établies dans l'intérêt de la société impliquent une nullité absolue ⁽²⁴⁰⁾ et " chacun peut demander au juge de la prononcer "⁽²⁴¹⁾.

En outre, M. WALINE distingue capacité et compétence en constatant que la capacité est la règle et l'incapacité l'exception alors qu'en droit public la compétence suppose un texte. Cela signifierait que les hommes sont juridiquement capables hors du droit alors que les organes publics ne le seraient pas. Là encore il y a un vice dans l'analyse puisque la capacité de l'homme est présentée comme extérieure au droit qui n'aurait qu'à définir les incapacités. Comment pourrait-il le faire si juridiquement la capacité n'est pas définie? On est donc contraint d'admettre que capacité et compétence sont posées par la règle de droit. Le statut des

²³⁹.M. WALINE Traité de droit administratif, p 417, SIREY 1959

²⁴⁰.J. FLOUR & J.L.AUBERT écrivent: " Elle est absolue lorsque l'incapacité est à base de sanction ou, plus largement, est fondée sur des motifs d'intérêt général ". Droit civil, Les obligations, tome 1 L'acte juridique, p 163, Coll. U A.COLIN 1975

²⁴¹.H. & L. MAZEAUD, J.MAZEAUD et F.CHABAS Leçons de droit civil, tome 1, p 411, MONTCHRESTIEN 1983

esclaves hier, la fixation de l'âge de la majorité aujourd'hui montrent bien que le droit pose la capacité comme il fixe qui peut prétendre être représentant de la puissance publique ⁽²⁴²⁾.

Enfin M. WALINE affirme que l'incapacité n'emporte pas l'impossibilité de faire un acte juridique alors que l'incompétence " entraîne l'impossibilité d'agir " ⁽²⁴³⁾. L'auteur évoquant par ailleurs l'incapacité et la limitation de compétence, cela implique-t-il qu'il considère que l'incompétence ne saurait exister? En fait, la logique veut que l'on évoque dans tous les cas la capacité limitée ou la compétence limitée. En effet, on constate que même dans les cas les plus larges d'incapacité subsiste toujours une parcelle de capacité pour l'incapable notamment au regard des engagements de la vie quotidienne et qu'ainsi donc on doit parler dans tous les cas de capacité limitée; cette limite variant de l'incapacité du mineur ou de l'adulte sous tutelle à celle de l'adulte " capable " mais dont le droit protège la situation comme en matière de consommation ou de droit de la construction par exemple. De plus l'incompétence n'entraîne pas l'impossibilité d'agir comme le démontre la théorie du fonctionnaire de fait et plus généralement le régime de la chose décidée qui veut que l'on accorde à la décision " une confiance provisionnelle " ⁽²⁴⁴⁾.

2) *La distinction capacité - compétence - pouvoir*

D'autres auteurs font intervenir la notion de pouvoir dans la discussion sur le sens de ces deux termes. Ainsi J.M. PONTIER présente le pouvoir comme le fait de disposer "de la puissance étatique, avec possibilité de recourir à la contrainte organisée" ⁽²⁴⁵⁾. L'auteur affirme en même

²⁴²M. VIRALLY écrivait: " L'individu humain n'est pas nécessairement sujet de droit. Il le devient, et il ne bénéficie de cette qualité que si elle lui est attribuée par le droit positif, lequel peut en subordonner l'attribution aux conditions qu'il définit lui-même " La pensée juridique p 121 L.G.D.J. 1960. On adhère à cette présentation étant entendu qu'il ne peut exister de droit sans homme et qu'il y a toujours au minimum un sujet de droit pour poser que les autres sont des non-sujets de droit.

²⁴³Ibid. p. 418

²⁴⁴R.G. SCHWARTZENBERG L'autorité de chose décidée p 9, L.G.D.J. 1969

²⁴⁵J.M. PONTIER L'Etat et les collectivités locales - la répartition des compétences - p 32 L.G.D.J. 1978. La présentation de l'auteur impliquant ainsi l'existence d'une puissance publique simple et d'une puissance publique " avec possibilité de recourir à la contrainte ", on notera avec curiosité la présentation de la contrainte comme " une option " de la puissance publique.

temps que " la compétence dépasse la capacité en ce qu'elle est aussi un pouvoir "⁽²⁴⁶⁾ et que le pouvoir se distinguerait de la compétence en ce qu'il " est essentiellement une *capacité juridique* "⁽²⁴⁷⁾ qui se caractériserait par la possibilité de recourir à la contrainte. Comment le pouvoir peut-il rendre la compétence supérieure à la capacité (1^{ère} proposition) alors qu'il est lui-même une capacité (2nde proposition)? Le vice du raisonnement est manifeste.

De plus, ici l'on définit le pouvoir comme un moyen - la possibilité de contraindre - et ainsi comme une variante de la capacité permettant de le distinguer, a contrario, de la capacité du particulier, puisque ce dernier ne disposerait pas de la contrainte. Or là encore, on constate que la capacité des particuliers peut s'exprimer en un pouvoir comme en atteste par exemple le pouvoir de l'employeur, dans le cadre du règlement intérieur de l'entreprise, sur toutes les personnes qui exécutent un travail dans l'entreprise ⁽²⁴⁸⁾. Dès lors on ne peut distinguer capacité et compétence en recourant au pouvoir ainsi que l'a fait J.M. PONTIER.

Cette notion de pouvoir est évoquée de façon moins critiquable par Madame M. HECQUART - THERON. Cet auteur distingue aussi, le pouvoir qui " est la faculté de faire des actes juridiques " de la compétence qui est la faculté " d'émettre des actes juridiques normateurs "; alors que compétence et capacité, selon cet auteur, citant G. JEZE, " ont manifestement la même nature juridique "⁽²⁴⁹⁾. Le pouvoir ainsi présenté s'assimile à la capacité juridique, on ne peut alors dire que capacité et compétence ont même nature, puisque cette dernière est un pouvoir "réduit".

Cet auteur évoque aussi les attributions dont le contenu a été développé par F.P. BENOIT.

3) *La distinction capacité - compétence - attribution*

²⁴⁶.Ibid. p. 32

²⁴⁷.Ibid. p. 34, les termes en italique sont soulignés par J.M. PONTIER

²⁴⁸.cf. sur le règlement intérieur des entreprises J.L. CARPENTIER Jurisclasseur Travail Fasc. 18-30. Dans ce règlement l'employeur peut apporter des restrictions à l'exercice du droit de grève C.E. 12/11/1990 Min.des Aff.soc. et de l'emploi et Sté ATOCHEM A.J.D.A. 1991 p 484; M.HECQUARD-THERON Essai sur la notion de réglementation, p. 113, L.G.D.J. 1977

²⁴⁹.Ibid. p 62

Le terme " attribution " est aussi utilisé dans notre domaine. Pour F.P. BENOIT ⁽²⁵⁰⁾ les attributions désignent l'ensemble " des aptitudes à agir " des collectivités. Selon le dictionnaire "Le Petit Robert" est apte, celui qui est capable de faire quelque chose. Ceci nous renvoie à la capacité, qui serait ici entendue largement, puisqu'elle engloberait la réalisation d'actes matériels.

Quel intérêt y-a-t-il à inclure dans la *capacité juridique*, c'est à dire les attributions au sens général, des aptitudes qui sont sans effet juridique? En effet, selon cet auteur, parmi ces aptitudes seules sont des compétences, celles qui conduisent à l'émission d'actes juridiques "créant par eux-mêmes des effets de droit "⁽²⁵¹⁾. On peut considérer que les attributions sont synonymes de capacité (physique, sociale, culturelle, ...) et la compétence, synonyme de capacité juridique. Les aptitudes en général (la capacité) sont du domaine du fait alors que l'aptitude-compétence (capacité juridique) relève elle du domaine du droit.

Dans le champ juridique capacité et compétence sont synonymes et expriment la possibilité de faire des actes juridiques. Le terme attribution pourra être utilisé comme synonyme des précédents, il servira à spécifier le contenu de cette capacité.

Aussi, je considère qu'ordonner au sens de MONTESQUIEU, c'est disposer de la capacité de faire ou avoir la compétence de faire ou s'être vu attribuer la possibilité de faire des actes juridiques.

²⁵⁰.F.P. BENOIT Les attributions générales, DALLOZ COLLECTIVITES LOCALES, p. 4012-1

²⁵¹.Ibid. p 4012-2

B) La faculté de corriger, élément de la faculté de statuer

La faculté de statuer s'exprime aussi selon MONTESQUIEU, par la possibilité de corriger ce qui a été fait par autrui.

Selon Ch. EISENMANN ⁽²⁵²⁾, cette faculté de corriger s'exerce par le pouvoir de substitution qui permet de réformer l'attitude de celui que l'on veut corriger. Cette réformation peut porter sur une décision ou sur une absence de décision. L'auteur adopte une "analyse ... de nature strictement finaliste: la substitution n'est analysée qu'en fonction du résultat qu'elle permet d'atteindre" ⁽²⁵³⁾ et à cet égard se distingue de la majorité de la doctrine qui sépare le pouvoir de substitution du pouvoir de réformation.

Au regard de notre objet, la conclusion de Ch. EISENMANN ne nous paraît pas critiquable car la réformation comme la substitution conduisent à l'exercice par un tiers de la faculté de statuer attribuée à un organe.

Comme le constate S. REGOURD, la "substitution n'est possible qu'à propos d'actes prescrits par la loi"⁽²⁵⁴⁾ ou qu'elle exige une mise en demeure préalable ⁽²⁵⁵⁾, ceci n'est pas indifférent, on le verra, à la situation de la faculté de statuer locale.

Enfin, il convient d'appréhender la substitution et la réformation en tenant compte de la démonstration de J.C. GROSHENS, pour lequel la réformation d'un acte consiste en "une décision de retrait suivie d'une mesure de substitution"⁽²⁵⁶⁾. Or cet auteur constate que la première ne peut intervenir que pour illégalité et dans le délai du recours contentieux ⁽²⁵⁷⁾ et

²⁵².Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation p 152 L.G.D.J.1948

²⁵³.S. REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français, p 160, L.G.D.J. 1982

²⁵⁴.S. REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français, p. 160 L.G.D.J. 1982

²⁵⁵.Ibid. p. 161

²⁵⁶.J.C. GROSHENS Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés, p. 150 A.J.D.A 1966

²⁵⁷.Ibid. p. 148; cf. sur le retrait des actes administratifs P. DELVOLLE L'acte administratif, p. 251 & s SIREY 1983

concernant la seconde il démontre que "le pouvoir hiérarchique est exclusif du pouvoir de substitution"⁽²⁵⁸⁾.

En fait le pouvoir de réformation que l'on dit caractéristique du pouvoir hiérarchique n'existe pas. Ceci s'explique par le fait que le supérieur dispose dans cette hypothèse du pouvoir de direction dont l'efficacité est liée à la subordination personnelle de l'inférieur.

La faculté de statuer s'exprime donc au travers du pouvoir de réformation d'une action ou inaction (son but) par substitution (son moyen) qui se traduit par la faculté de modifier la décision de l'organe substitué ou pallier la carence dudit organe; car la "réformation implique substitution d'action"⁽²⁵⁹⁾.

L'élaboration d'une norme par plusieurs organes ne conduit pas nécessairement à reconnaître à chaque phase de cette élaboration, l'existence d'une norme ⁽²⁶⁰⁾. Malgré la diversité des interventions, l'unicité de l'acte est maintenue grâce à la faculté d'empêcher.

II) Les moyens de la faculté d'empêcher

Si en matière législative, l'on a évoqué cette faculté en traitant du droit de veto que certains distinguaient de la sanction ⁽²⁶¹⁾, dans le domaine de la centralisation – décentralisation, elle est envisagée autour du pouvoir d'annulation et du pouvoir d'approbation.

A) Le pouvoir d'approbation, élément de la faculté d'empêcher

Le pouvoir d'approbation consiste en la subordination de la formation d'une décision élaborée par un organe à l'acceptation d'un autre organe. Chronologiquement cette acceptation peut

²⁵⁸.Ibid. p. 146

²⁵⁹.Ch. EISENMANN Centralisation-décentralisation, p. 152 L.G.D.J. 1948

²⁶⁰.Cf. sur le sujet P. DELVOLLE L'acte administratif, p. 83 & s et 152 & s SIREY 1983; R. HOSTIOU Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français, L.G.D.J. 1975

²⁶¹.pour un aperçu synthétique de ces débats cf. M.TROPER La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle L.G.D.J. 1980

s'exprimer au stade de l'initiative de la décision ⁽²⁶²⁾, dans le cours de l'exercice du droit d'initiative ou enfin au terme de la procédure lorsque la décision est formée et avant qu'elle vienne modifier l'ordonnancement juridique.

A ma connaissance et en matière de production de normes secondes, la première hypothèse ne se rencontre pas en droit positif français ⁽²⁶³⁾. La deuxième hypothèse correspond à l'autorisation qui est au coeur d'un débat doctrinal visant sa distinction ou son assimilation à l'approbation ⁽²⁶⁴⁾.

Abstraitement autoriser quelqu'un à faire quelque chose revient à approuver qu'il le fasse. Donc dans ce cas autorisation et approbation ne se distinguent pas puisqu'elles expriment toutes les deux une faculté d'empêcher, mais elles se distinguent cependant par le moment de leur intervention et par leurs suites.

L'autorisation s'exerce au stade de l'exercice de l'initiative et si cet exercice du droit d'initiative n'est pas approuvé, l'organe titulaire du droit d'initiative ne peut l'exercer. Mais si elle est autorisée selon certaines conditions, cet agrément peut ne pas convenir à la personne autorisée à faire et elle pourra alors renoncer à exercer son droit d'initiative.

Ainsi en matière de création de syndicats de communes, on peut trouver l'hypothèse dans laquelle certaines d'entre elles demandent au Préfet la création de cet établissement public de coopération; celui-ci considérant opportun l'ajout d'une commune non initiatrice du projet peut subordonner son autorisation à cette condition. Cette proposition préfectorale peut n'être pas reprise par les initiatrices et le projet se trouver bloqué.

²⁶².MONTESQUIEU affirmait: " Le corps législatif ne doit point s'assembler lui-même. Car, un corps n'est censé avoir de volontés que lorsqu'il est assemblé;..." L'esprit des lois Livre XI, Chap.VI p 299, GARNIER-FLAMMARION 1979

²⁶³.Pour l'élaboration de la norme première, cette technique existe en France dans le cadre du régime des sessions et de l'ordre du jour, concernant le droit d'exercice du droit d'initiative; et des irrecevabilités, concernant l'exercice du droit d'initiative.

Concernant les communes et la première hypothèse L. MORGAND remarque que " d'après le système de la loi de 1855, toute session extraordinaire devait être autorisé" permettant ainsi une approbation du droit d'exercice du droit d'initiative, La loi municipale, tome 1, p. 37 BERGER-LEVRAULT 1963.

²⁶⁴.S. REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français, p. 144 & s L.G.D.J. 1982

L'approbation, elle, s'exerce au terme du processus normatif, et permet l'entrée en vigueur de la norme. Les destinataires de la norme peuvent s'en prévaloir, sans que son initiateur ne dispose toujours d'un moyen de blocage car la publication ou la notification peut lui échapper ou n'être pas reconnue comme constituant un obstacle à l'application ⁽²⁶⁵⁾.

Cette approbation après la formation de la décision peut s'assimiler à une sanction au sens étymologique du terme ⁽²⁶⁶⁾.

Cette distinction entre les différents stades de l'élaboration permet de comprendre que l'approbation puisse être présentée comme ayant, soit un caractère préalable, soit un caractère subséquent ⁽²⁶⁷⁾ selon que l'on se réfère à l'action qu'elle bloque ou bloquera.

Ainsi, empêcher l'exercice du droit d'initiative d'une assemblée en refusant de réunir celle-ci constitue à la fois une approbation à caractère préalable, en ce que le droit d'initiative ne pourra s'exprimer du fait de l'absence de réunion de l'assemblée et un caractère subséquent en ce qu'elle sanctionne l'initiative de la convocation de ladite assemblée.

La justesse du propos exige cependant, que l'on applique le mot uniquement à son objet strict, c'est à dire à ce qu'elle vise et donc à la décision qui est soumise à approbation et non à celles que celle-ci aurait pu faire naître. Ainsi dans mon exemple on doit réserver l'application de l'approbation à la décision de convocation de l'assemblée.

Dès lors, il apparaît, que l'approbation, qu'elle s'exprime au stade de l'initiative (autorisation) ou après la formation de la décision, a un caractère nécessairement subséquent. Son caractère préalable n'est lié qu'à un virtuel qui n'est qu'éventuel puisque l'assemblée même réunie peut décider de ne rien décider.

²⁶⁵.cf. par ex. les actes individuels créateurs de droits P. DELVOLLE L'acte administratif, p. 194, SIREY 1983

²⁶⁶. Le mot vient du terme latin " sancire " qui signifie consacrer et par extension, il exprime l'idée d'une confirmation. Ce faisant je distingue le mot " veto " qui exprime le résultat d'une action: le refus de la " la sanction ".

²⁶⁷.sur cette distinction voir S. REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français p 131 L.G.D.J.1982

L'approbation peut résulter de l'écoulement d'un délai. Ainsi l'ancien article L.121-31 du code des communes prévoyait que les délibérations des conseils municipaux étaient exécutoires quinze jours après leur dépôt auprès de l'autorité supérieure, si pendant ce délai, le Préfet ne les déclarait pas nulles de droit (art.L.121-32) ou ne les annulait pas pour confusion d'intérêts entre la collectivité et l'un de ses membres (art.L.121-35). Plus généralement, on peut considérer, que l'absence d'introduction d'un recours pour excès de pouvoir dans le délai de deux mois, constitue une approbation tacite de l'acte contesté par ses destinataires ⁽²⁶⁸⁾.

En tout état de cause, l'approbation doit être expresse pour constituer une décision. En effet S. REGOURD a démontré que ce que l'on appelait par commodité " approbation implicite", c'est à dire l'absence de manifestation d'un refus d'approbation dans un certain délai de temps; n'avait pas le caractère d'une décision d'approbation ⁽²⁶⁹⁾. Le délai est donné pour qu'une décision expresse de refus d'approbation soit le cas échéant notifiée mais son écoulement sans celle-ci ne fait pas naître une décision d'approbation. En ce qui concerne la question de l'organisation du pouvoir normatif, ce que l'on appelle approbation tacite, montre bien qu'empêcher n'est qu'une faculté dont l'expression peut être encadrée dans le temps et/ou dans la forme.

B) L'annulation, élément de la faculté d'empêcher

L'annulation consiste en la suppression rétroactive de l'acte. Elle résulte soit de l'administration, soit d'un juge. En France, en matière de tutelle sur les collectivités territoriales, l'annulation par l'administration connaissait "les hypothèses de nullité de droit et les hypothèses d'annulabilité" ⁽²⁷⁰⁾, ce qui conduisait M.WALINE à évoquer dans ce cas "des annulations par justice retenue"⁽²⁷¹⁾.

²⁶⁸.Ceci ne signifie pas que la contestation équivaut à la faculté d'empêcher, puisque les recours ne sont pas suspensifs.

²⁶⁹.S.REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français p 130 L.G.D.J. 1982

²⁷⁰.Pour un aperçu synthétique et critique de ces hypothèses cf. S.REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français p 132 L.G.D.J. 1982

²⁷¹.M.WALINE Traité de droit administratif p 391, SIREY 8ème éd.1959

Cette distinction entre annulations administratives et juridictionnelles et entre annulations de droit et annulabilités n'a à ce stade de l'analyse aucune utilité car ce qui importe ici c'est l'effet d'une décision et non qui la rend ou pourquoi il la prend. Or dans toutes ces hypothèses, l'annulation fait disparaître rétroactivement la décision annulée qui est censée n'avoir jamais existé.

Section II) Facultés de statuer et d'empêcher; instruments de l'unité du pouvoir normatif

Les faits attestent de l'existence d'une faculté de statuer au profit des organes locaux, les auteurs la reconnaissent ⁽²⁷²⁾ mais divergent sur son appréciation et particulièrement sur sa place dans la hiérarchie des normes.

Si organes centraux et organes locaux disposent d'une faculté de statuer, l'on voit bien, que ceci est susceptible de venir contester l'unicité de la norme dans le niveau hiérarchique concerné. En effet, pour Ch. EISENMANN la décentralisation pure et parfaite ou la décentralisation imparfaite correspondent à la situation dans laquelle " la suprématie appartient en définitive aux organes non centraux "⁽²⁷³⁾. La thèse de M. BOURJOL relative à l'autonomie du pouvoir réglementaire local correspond à ce que Ch. EISENMANN présentait comme la décentralisation.

L'autonomie selon M. BOURJOL c'est l'absence de subordination du règlement local au règlement national dans la mesure où ils s'expriment à l'intérieur de deux personnes juridiques différentes d'une part et ils s'excluent l'un de l'autre en vertu des dispositions constitutionnelles qui font du pouvoir réglementaire local, en vertu de l'article 72 de la constitution, une exception au pouvoir réglementaire étatique de l'article 21, d'autre part.

La thèse de M. BOURJOL et celle de Ch. EISENMANN ne semblent pas pouvoir être admises car elles méconnaissent fondamentalement le principe de la hiérarchie des normes

²⁷².Le fait qu'elle soit un objet d'études et de controverses le démontre et particulièrement la thèse de B. FAURE qui se consacre exclusivement à l'examen du pouvoir réglementaire des collectivités locales, Université de Pau et des Pays de l'Adour 1992

²⁷³. Ch. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p. 86-87 L.G.D.J. 1948

juridiques qui se traduit par l'existence d'une norme unique par niveau dans la hiérarchie des normes.

Pour maintenir cette unicité de la norme la solution consiste à instituer une faculté d'empêcher au profit d'un organe central qui participera au processus normatif de la norme locale garantissant ainsi l'unicité de la norme.

La remise à un organe central de la faculté d'empêcher s'exerçant sur la faculté de statuer de l'organe local constitue la garantie minimale de l'unicité de la règle (I).

On ne saurait envisager en effet, dans un Etat deux normes d'autorité égale sans remettre en cause la notion même d'Etat. En effet, l'Etat exprime l'idée d'une puissance sans limite qui dans un Etat de droit est traduite par la norme juridique. Emettre l'idée que la puissance étatique puisse venir s'échouer sur une puissance locale, c'est remettre en cause l'unité de l'Etat.

Manifestement le droit positif ne traduit pas une telle autorité, une telle puissance locale. En effet en dernière analyse, les normes locales qu'il s'agisse de lois ou de règlements sont suspendues à leur admission, leur reconnaissance en qualité de normes par un juge.

Avant cette intervention, leur caractère normatif lié à leur constitutionnalité ou à leur légalité n'est que présumé, ce qui justifie qu'elles ne disposent pas d'une autorité incontestable. Avant cette intervention, elles ne sont que choses légiférées ou décidées et comme telles sujettes à annulation, traduisant ainsi en France la possibilité de résister à l'oppression reconnue par l'article 2 de la déclaration des droits de l'Homme du 26 Août 1789.

C'est finalement cette intervention qui va leur conférer une autorité incontestable.

Or cette intervention est toujours en dernière analyse l'expression d'un organe central qui sera le plus souvent un juge (II) soit constitutionnel, soit administratif et ainsi si la norme consacrée est la norme locale, elle perd cet aspect pour devenir norme du système juridique. Cette intervention d'un juge dans le processus normatif est loin d'être admise, bien que cette

décision juridictionnelle dise LA norme applicable, confirmant ainsi qu'à chaque niveau de la hiérarchie des normes n'existe qu'UNE norme.

Le juge a trop souvent été écarté de la théorie de la séparation des pouvoirs en raison de cette phrase de MONTESQUIEU selon laquelle la puissance "de juger, est en quelque façon, nulle"⁽²⁷⁴⁾. Cela tient aussi à ce que "jusqu'à présent, la pratique française a ...retenu une lecture partielle de la pensée de MONTESQUIEU et de la doctrine de la séparation des pouvoirs, faisant de la séparation un principe opposé au juge et non un principe de la garantie des droits par le juge"⁽²⁷⁵⁾.

1) Facultés de statuer et d'empêcher, éléments d'un même pouvoir

Lorsque MONTESQUIEU distingue les deux facultés, il montre bien qu'elles ne peuvent être envisagées séparément, puisqu'il affirme qu'elles forment naturellement un état de repos et que donc seule leur utilisation dans un but commun donnera naissance au mouvement. La distinction des deux facultés ne produit donc pas une séparation, une division à proprement parler puisque le pouvoir est la résultante de leur action réciproque. Il est à l'intersection de leur mouvement.

L. DUGUIT avait montré par ailleurs que la souveraineté que l'on présente comme indivisible exclut que l'on envisage la séparation des pouvoirs ⁽²⁷⁶⁾ sauf à considérer que cette séparation ne met pas en cause l'unité et l'indivisibilité de la souveraineté dans le cadre d'un " mystère de la trinité politique calqué sur le mystère de la trinité divine "⁽²⁷⁷⁾, c'est à dire en rétablissant l'unité du pouvoir.

Ch. EISENMANN à propos de la semi-décentralisation ne dit pas autre chose, lorsqu'il considère que cette solution du problème de la centralisation - décentralisation constitue une "

²⁷⁴.MONTESQUIEU L'esprit des lois, p. 298 Tome I, GARNIER FLAMMARION 1979

²⁷⁵.T.S. RENOUX L'apport du Conseil Constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France, Recueil DALLOZ 1991 Ch. p 169

²⁷⁶.L. DUGUIT Traité de droit constitutionnel, p 121 & s, tome 2, BOCCARD 1928

²⁷⁷.Ibid. p. 671.

indivision " du pouvoir entre deux organes dans la mesure où "aucun des deux ne peut imposer sa volonté à l'autre, sans l'autre ou contre lui"⁽²⁷⁸⁾.

L'appartenance de la faculté d'empêcher au pouvoir normatif a été contestée en matière législative comme dans le domaine de la centralisation-décentralisation où pourtant, l'approbation et l'autorisation ont été présentées par M. HAURIOU comme " un simple je n'empêche "⁽²⁷⁹⁾, alors que M. WALINE évoquait à propos des annulations prononcées par les " autorités faisant partie de l'administration active " l'idée de " justice retenue "⁽²⁸⁰⁾.

A) L'appartenance contestée de la faculté d'empêcher au pouvoir normatif

Les prérogatives variées reconnues à l'exécutif en matière législative, font-elles de celui-ci un co-législateur? Les réponses ont donné lieu à de vives controverses. Le domaine de la centralisation-décentralisation n'est pas demeuré abrité, puisque S. REGOURD s'est élevé contre la thèse de la codécision formulée par Ch. EISENMANN.

1) La contestation en matière législative,

Le débat est ancien et s'est instauré à propos du veto et de la sanction en matière législative.

L'affirmation selon laquelle ces procédures associaient leurs titulaires à la formation de la loi a été critiquée.

Ainsi A. ESMEIN interprétant la pensée de MONTESQUIEU comme établissant trois pouvoirs séparés rejetait l'idée d'une participation de l'exécutif à la production de la loi ⁽²⁸¹⁾ et considérait à cet égard que la Constitution anglaise en associant le Roi au pouvoir législatif

²⁷⁸.Ch. EISENMANN Centralisation-décentralisation, p 93, DALLOZ 1948

²⁷⁹.M. HAURIOU Précis élémentaire de droit administratif, p. 53 SIREY 1938

²⁸⁰.M. WALINE Traité de droit administratif, p. 391 SIREY 8ème éd.1959

²⁸¹.A. ESMEIN Eléments de droit constitutionnel français et comparé, p.511, SIREY 1927

méconnaissait le principe ⁽²⁸²⁾. L. DUGUIT s'est élevé contre cette façon de voir, puisque selon lui MONTESQUIEU estimait " qu'il doit exister une action continuelle des deux pouvoirs l'un sur l'autre, une véritable collaboration ⁽²⁸³⁾.

En admettant cette collaboration, d'autres auteurs vont contester que certaines procédures la révélaient.

Ainsi R. CARRE DE MALBERG considérait la sanction comme un "droit de prononcer l'adoption définitive de la loi" et qu'ainsi elle relevait de la faculté de statuer; alors que le veto dans la constitution de 1791 relevant de la faculté d'empêcher ne pouvait "faire participer son titulaire à la puissance législative"⁽²⁸⁴⁾.

Ch. EISENMANN a critiqué cette analyse. En effet pour l'auteur "les pouvoirs sont séparés dès lors qu'ils ne sont pas confondus, c'est à dire dès que l'exercice n'en est pas attribué au même organe" ⁽²⁸⁵⁾. Or ceci est réalisé en matière législative. Il considère que " si ...l'édiction des règles législatives suppose leur adoption par plusieurs individus ou par plusieurs corps, l'organe législatif sera formé par leur réunion. Participent donc au pouvoir législatif, ... les individus ou les corps dont la Constitution exige le consentement pour l'édiction, c'est à dire l'entrée en vigueur, des règles législatives..."⁽²⁸⁶⁾. La sanction et le droit de veto ne se distinguent pas car ils expriment tous les deux la possibilité de ne pas approuver et qu'ainsi ils sont " deux modes d'exercice d'un même pouvoir, le "droit d'arrêter"..."⁽²⁸⁷⁾.

²⁸².Ibid. p. 499

²⁸³.L.DUGUIT Traité de droit constitutionnel, p. 665-666, tome II, BOCCARD 1928

²⁸⁴.R.CARRE DE MALBERG Contribution à la théorie générale de l'Etat p 400, Tome 1, SIREY 1920, réédition C.N.R.S.1962. Dans son ouvrage, La loi, expression de la volonté générale, R.CARRE de MALBERG justifiait l'idée de l'association de l'exécutif à la législation par la sanction, par une théorie allemande " qui décomposait la confection de la loi en deux opérations distinctes: d'une part, la fixation du contenu de la loi (Gesetzesinhalt) ou adoption de son dispositif; et, d'autre part, l'émission du commandement législatif (Gesetzesbefehl), qui imprime à ce dispositif la force impérative et obligatoire de loi ". p 143, SIREY 1931, réédition ECONOMICA 1984.

²⁸⁵.Ch. EISENMANN L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs p 180 Mélanges CARRE DE MALBERG Réimpression de l'éd.de 1933 Librairie DUCHEMIN 1977

²⁸⁶.Ch. EISENMANN L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs note 2 en bas de page 166 Mélanges CARRE DE MALBERG, réimpression de l'éd.1933, Librairie DUCHEMIN 1977

²⁸⁷.Ibid. p 169 suite de la note 2 de la page 167

De la même façon, M. TROPER dans sa thèse ⁽²⁸⁸⁾ sur la séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle considère " qu'un acte juridique a pour auteur tous ceux ... qui disposent d'une participation décisionnelle à la procédure d'édiction de cet acte, c'est à dire tous ceux sans l'accord desquels l'acte ne peut être édicté et ne peut produire aucun effet juridique "⁽²⁸⁹⁾. M. TROPER a repris l'analyse des deux auteurs pour rejeter celle de R. CARRE DE MALBERG. Si certains contestent que ce veto fasse du Roi l'égal du pouvoir législatif, ils admettent néanmoins que ce droit de veto fasse participer le Roi à la fonction législative ⁽²⁹⁰⁾.

Dès lors la seule différence entre la théorie de la séparation des pouvoirs et celle de la centralisation - décentralisation réside dans le fait que cette dernière organiserait la séparation des pouvoirs non à partir des fonctions de l'Etat (ce que rejetait Ch. EISENMANN) mais à partir de la compétence personnelle des organes c'est à dire en fonction " du cercle de personnes envers qui les organes peuvent agir: les organes qui ont la qualité pour agir à l'égard de tous les membres de la collectivité sans distinction sont centraux; ceux qui n'ont pouvoir d'agir qu'envers une partie seulement d'entre eux sont "non centraux""⁽²⁹¹⁾.

Il convient de remarquer d'ailleurs que Ch. EISENMANN considérait que le principe de la séparation des pouvoirs tel qu'il l'entendait était " commun à des types d'organisation constitutionnelle très divers "⁽²⁹²⁾ et sa présentation de la centralisation - décentralisation en est l'expression.

Cette discussion est apparue aussi en matière de centralisation-décentralisation avec la critique de S. REGOURD concernant la codécision posée par CH. EISENMANN dans son hypothèse de la semi-décentralisation.

²⁸⁸.M.TROPER La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française p 24 & s L.G.D.J.1980

²⁸⁹.M. ROPER La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, p. 24 L.G.D.J. 1980

²⁹⁰.G. BACOT L'Esprit des lois et Charles EISENMANN, p. 617 R.D.P. 1992

²⁹¹.Ch. EISENMANN Centralisation-décentralisation, p. 9 L.G.D.J. 1948

²⁹².Ch. EISENMANN L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs, p. 180 Mélanges CARRE DE MALBERG réimpression de l'éd.de 1933 Librairie DUCHEMIN 1977

2) La contestation en matière de centralisation - décentralisation

Pour CH. EISENMANN, il y aura semi - décentralisation lorsqu'il y aura " la nécessité pour les décisions normatrices, pour l'édiction des normes, du double consentement d'un organe central et d'un organe décentralisé " et ce consentement s'exprime " si leur entrée en vigueur dépend d'une décision librement prise par cet organe soit de la provoquer, soit de ne pas l'empêcher ..." ⁽²⁹³⁾.

Cette présentation a été contestée par S. REGOURD dans son ouvrage relatif à l'acte de tutelle en droit administratif français ⁽²⁹⁴⁾ et M. TROPER abondera dans son sens ⁽²⁹⁵⁾. Cependant cette contestation ne débouche pas sur une qualification de l'acte sous tutelle.

a) Le rejet par S.REGOURD de la thèse de la codécision

Pour S. REGOURD, la codécision repose sur la distinction contestable " de tutelle de légalité et de tutelle d'opportunité ⁽²⁹⁶⁾ et sur une analyse fondée sur des logiques différentes: une logique normativiste et une logique volontariste ⁽²⁹⁷⁾.

Sur le premier point, on verra plus loin qu'effectivement la distinction tutelle de légalité - tutelle d'opportunité et plus généralement de compétence liée ou discrétionnaire ne résiste pas à l'analyse.

Cependant la contestation de la distinction tutelle de légalité et d'opportunité ne remet pas fondamentalement en cause la notion de co-décision puisque dans les deux cas, cela renvoie à

²⁹³.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p 93, DALLOZ 1948

²⁹⁴.S. REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français, L.G.D.J. 1982

²⁹⁵.M. TROPER Libre administration et théorie générale du droit, le concept de libre administration, p 59, ouvrage du colloque d'Arc-et-Senans des 19 & 20/4/1984 "La libre administration des collectivités locales", ECONOMICA 1984

²⁹⁶.S. REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français, p 335, L.G.D.J. 1982

²⁹⁷.Ibid. p 335

l'idée de "conjonction de volontés" émise par J. BOULOUIS en matière de tutelle sur les caisses de Sécurité Sociale ⁽²⁹⁸⁾. Cet auteur écrivait "l'acte juridique soumis au pouvoir de tutelle n'est parfait que par la rencontre de deux volontés concordantes: celle de l'autorité sous tutelle et celle de l'autorité tutrice, quelles que soient par ailleurs les modalités de la tutelle, car celles-ci concernent non pas la qualité du consentement de l'autorité tutrice mais seulement les formes dans lesquelles il s'exprime "⁽²⁹⁹⁾. Or, S. REGOURD constate que cela s'écarte du propos de Ch. EISENMANN pour lequel il y a codécision qu'en cas de pouvoir discrétionnaire de l'autorité de tutelle, et S. REGOURD ajoute que la thèse de J. BOULOUIS aboutit à l'inverse de celle de Ch. EISENMANN, car la codécision chez J. BOULOUIS apparaît dans la tutelle de légalité car l'acte de tutelle et l'acte sous tutelle sont liés jusqu'au moment où le juge tranche l'interprétation de la règle supérieure applicable. A la recherche de l'acte de tutelle, S. REGOURD ne pouvait manquer de constater la " totale hétérogénéité entre des hypothèses recevant la même qualification de tutelle "⁽³⁰⁰⁾. Dans leur exercice, on verra que ces deux tutelles sont tout autant discrétionnaires, la distinction est donc indifférente à notre propos.

Sur le second point, à savoir un raisonnement de Ch. EISENMANN fondé sur des logiques n'appartenant à un même champ, l'analyse de S. REGOURD apparaît d'une efficacité redoutable.

Déjà, il est intellectuellement curieux de qualifier de co-auteur " l'autorité destructrice de la norme "⁽³⁰¹⁾, lorsque sa prérogative se manifeste par une annulation.

Plus fondamentalement pour décrire l'analyse de Ch. EISENMANN, S. REGOURD utilise l'expression de "normativisme subjectif" marquant le mélange de deux approches qui aboutissent à un "compromis entre des critères inconciliables "⁽³⁰²⁾.

²⁹⁸.J. BOULOUIS La tutelle du ministre du travail sur les délibérations des caisses de sécurité sociale, note sous T.C.19/5/1958 Dlle Estoul c/Préfet de Haute-Garonne, Droit social 1959. p 36

²⁹⁹.J. BOULOUIS précité, D.S. 1959, p 38

³⁰⁰.S. REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français, p 304, L.G.D.J.1982

³⁰¹.Ibid. p. 373

³⁰².Ibid. p. 369 et 375

On l'a écrit, la théorie de Ch. EISENMANN concerne le pouvoir normatif, la création de normes. Or S. REGOURD constate que la création d'une norme est indifférente à la tutelle qu'elle a pu supporter. Ch. EISENMANN, lui, considère, qu'il y a co-décision uniquement, lorsqu'existe une tutelle d'opportunité; faisant ainsi passer son analyse d'un champ objectif - l'existence d'une norme - à un champ subjectif - la volonté attachée non pas à "la norme proprement dite, mais (à) l'acte qui la précède"⁽³⁰³⁾.

Ceci conduit Ch. EISENMANN à ne considérer dans le processus de création des normes que le "point frontière de l'édiction", ne tenant pas compte ainsi "du monopole de l'organe non-central au plan de l'initiative"⁽³⁰⁴⁾. En effet, ceci conduit à considérer qu'avant la décision de l'organe central il n'y a rien; l'initiative décentralisée est un "néant juridique" et dès lors on se demande comment "l'intervention centrale s'accouplant avec un néant juridique puisse donner vie à une co-décision "⁽³⁰⁵⁾. Considérer que l'élément essentiel est le consentement de l'organe central, conduit à "admettre que la norme se définit essentiellement comme une manifestation de volonté dépourvue de contenu"⁽³⁰⁶⁾.

Ceci conduit S. REGOURD à nier l'unité qu'exprimait l'idée de semi-décentralisation, pour lui il n'y a pas " indivision entre volonté décentralisée et volonté centrale, ...il faut conclure ... au caractère distinct de l'acte de tutelle vis à vis de la personne contrôlée "⁽³⁰⁷⁾.

b) la proposition de S.REGOURD

L'auteur distingue l'acte de tutelle de celui sous tutelle en s'attachant au fait que le premier est un acte susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ou de donner naissance à un contentieux de la responsabilité. De cela il conclut que l'acte de tutelle a le " caractère

³⁰³.Ibid. p. 370

³⁰⁴.Ibid. p. 370

³⁰⁵.Ibid. p. 373

³⁰⁶.Ibid. p. 376

³⁰⁷.Ibid. p. 380

normateur "⁽³⁰⁸⁾ alors même qu'il affirme que jamais les actes de tutelle ne pourront " faire peser des obligations de faire sur ses destinataires "⁽³⁰⁹⁾.

Constatant que l'acte sous tutelle peut lui aussi faire l'objet d'un contentieux de l'annulation ou de responsabilité, on pourrait penser, qu'aux mêmes éléments corresponde une qualification identique mais l'on doit se satisfaire de la reconnaissance " d'une certaine existence juridique".

L'acte sous tutelle est alors qualifié de façon variable selon la tutelle qu'il supporte. Ainsi en cas de tutelle par approbation "on est alors en présence d'une norme déjà inscrite dans l'ordre juridique et provisoirement frappée d'inefficacité. Il en va différemment au cas de tutelle d'annulation. L'acte de tutelle ne porte alors plus sur le statut intermédiaire de l'efficacité, mais directement sur la validité de la norme. On pourrait considérer qu'il en va de même dans les cas de substitution ... En réalité, le cas de substitution reste en marge ... Il est artificiel de tenter de cerner la nature positive des rapports entre deux actes dont l'un est substitué à l'autre. Enfin comme l'annulation, l'autorisation met directement en cause un principe de validité, l'acte non encore autorisé n'est pas seulement inefficace, il est invalide "⁽³¹⁰⁾.

Cette longue citation met en évidence une dilution de l'idée de norme. Comment comprendre que la norme définie comme règle de conduite humaine puisse exister et être inefficace (hypothèse de l'approbation), ne pas exister mais être susceptible de contestation voire de responsabilité (hypothèses de l'annulation et de l'autorisation)?

L'auteur finalement propose de considérer l'acte sous tutelle comme un acte conditionné ⁽³¹¹⁾ s'insérant dans " une conception "évolutive" de la force juridique des actes administratifs "⁽³¹²⁾

³⁰⁸.Ibid. p. 413

³⁰⁹.Ibid. p. 415

³¹⁰.Ibid. p. 481

³¹¹. Il est important de noter ici que S. REGOURD ne le qualifie pas d'acte unilatéral puisque cette qualification emporte pour lui " caractère normateur ". cf. p.413

³¹².Ibid. p. 490

au sein de laquelle il constituerait " une étape spécifique de l'acte "en mouvement" "⁽³¹³⁾ qui se distinguerait de celle conférant l'autorité provisoire de chose décidée et qui permettrait de dire que l'acte sous tutelle dispose de " "l'autorité conditionnelle" de chose décidée "⁽³¹⁴⁾.

S. REGOURD affirme, alors que " la notion de condition ne manifeste rien d'autre qu'une modalité particulière d'intervention de l'Etat ... expression juridique de ce que la décentralisation suppose le maintien d'un lien entre l'institution primaire, étatique et les institutions secondaires ...lien d'unité que matérialisent les actes de tutelle "⁽³¹⁵⁾.

Cette conclusion qui rétablit l'unité contestée à l'origine, impose de fonder cette unité dont, semble-t-il, la question de la centralisation-décentralisation ne saurait se passer.

B) La nécessaire appartenance de la faculté d'empêcher au pouvoir normatif

La faculté d'empêcher est la clé de l'acquisition du caractère normatif d'un acte en lui conférant l'incontestabilité, mais dans l'attente de cette consécration l'acte peut imposer "à titre provisionnel", une conduite aux individus.

1) Le fondement de l'appartenance: la distinction acte juridique - norme

La séparation des pouvoirs concerne l'acquisition du caractère normatif par l'exercice successif des facultés de statuer et d'empêcher. La norme, résultat du processus ne doit pas être confondue avec l'acte juridique, élément du processus.

a) Les actes des organes concernés ne sont pas des normes

Selon H.KELSEN, " une "norme" est la signification d'un acte par lequel une conduite est ou prescrite ou permise "⁽³¹⁶⁾. Ch. EISENMANN fait sienne cette analyse ⁽³¹⁷⁾.

³¹³.Ibid. p. 491

³¹⁴.Ibid. p. 491-492

³¹⁵.Ibid. p. 493

³¹⁶.H. KELSEN Théorie pure du droit, p. 7, DALLOZ 1962

Sur cette base, il est impossible de considérer l'acte de tutelle et celui sous tutelle comme des normes.

En effet, S. REGOURD l'a montré, l'acte sous tutelle ne peut prescrire une conduite puisque cette prescription de comportement est suspendue à l'intervention positive de l'organe central.

L'acte de tutelle ne peut non plus recevoir le titre de norme dans la mesure où il n'a pas de contenu, idée contre laquelle s'élevait, on l'a vu, S. REGOURD ⁽³¹⁸⁾. En effet, l'acte de tutelle (hors substitution) est un " oui " ou un " non ", et l'on voit bien que cet acquiescement ou ce refus n'ont un sens que par rapport à un référent, en l'espèce l'acte sous tutelle.

Contrairement à S. REGOURD qui affirmait que " la qualification d'acte unilatéral recouvre ipso facto le caractère normateur de l'acte de tutelle ..." ⁽³¹⁹⁾, on ne peut reconnaître à l'acte de tutelle le caractère de norme.

L'origine de la reconnaissance du caractère normatif de l'acte de tutelle tient peut-être à l'idée de " normes juridiques négatives " développées par Ch. EISENMANN ⁽³²⁰⁾ au sein desquels figuraient les actes d'annulation, d'abrogation, de résolution ... Mais la notion de "norme juridique négative" est liée chez cet auteur à la faculté de statuer et non à la faculté d'empêcher. En effet pour démontrer cette idée, il évoque " l'acte de législation qui ne comporte que cet article unique: " la loi du ... est abrogée "" ⁽³²¹⁾. Or ce faisant, on retrouve la capacité de tout homme de défaire ce qu'il a fait.

Notre hypothèse ou celle qu'étudiait S. REGOURD, est fondamentalement différente, puisque l'annulation, l'abrogation ... n'est pas le fait de l'autorité qui a statué mais d'une autre autorité

³¹⁷.Ch. EISENMANN Cours de droit administratif, p. 681, tome 2, L.G.D.J. 1983

³¹⁸.S. REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français, p.. 372, L.G.D.J. 1982

³¹⁹.Ibid. p.413

³²⁰.Ch. EISENMANN Cours de droit administratif, p. 377, Tome 1, L.G.D.J.1983

³²¹.Ibid.p.377

qui, en l'espèce, détient alors la possibilité de s'opposer à la volonté de la première; ce que recouvre la faculté d'empêcher.

Dans l'hypothèse de S. REGOURD, on peut d'autant moins considérer que l'acte de tutelle est un acte normateur, que l'acte sous tutelle, auquel il se rapporte, n'a pas selon lui modifié une norme préexistante dans la mesure où il refuse à l'acte sous tutelle, le titre de norme.

Lors d'une annulation juridictionnelle, qui on le verra, est fréquemment postérieure à l'entrée en vigueur de l'acte, on se trouve dans le même cas de figure, puisque l'acte annulé l'est rétroactivement, il est sensé n'avoir jamais existé. On ne peut donc parler pour ces actes d'annulation, d'actes normateurs négatifs, puisque dans les faits, ils ne modifient rien dans l'ordonnement juridique.

Ces actes qui ne sont pas normateurs sont toutefois des actes juridiques, telle est l'opinion de P. AMSELEK ⁽³²²⁾.

b) Les actes des organes concernés sont des actes juridiques

En raison des effets, des conséquences de ces actes, ils ne sont pas quelconques. S. REGOURD a montré et d'autres aussi, qu'ils étaient susceptibles de faire l'objet de recours pour excès de pouvoir, ce qui atteste de leur "existence juridique", c'est à dire leur reconnaissance par les normes.

L'intuition conduit à les qualifier d'actes juridiques. Cette intuition demande à être fondée.

Pour H. KELSEN, " l'acte juridique est un fait créateur de droit " ⁽³²³⁾. Pour Ch. EISENMANN " les actes juridiques sont des opérations par lesquelles des normes juridiques, sont posées,

³²².P. AMSELEK L'acte juridique selon Ch. EISENMANN, p. 326 & s, tome 32 Archives de philosophie du droit, SIREY 1987

³²³.H. KELSEN Théorie pure du droit, p. 343, DALLOZ 1962

édictees; en d'autres termes: ce sont des opérations d'édiction, de création de normes juridiques "(³²⁴).

Ces définitions ne permettent pas, a priori, de dire que les actes de tutelle ou sous tutelle sont des actes juridiques puisque ni les uns ni les autres ne font naître seuls une norme; ils sont indissolublement liés dans la naissance de celle-ci " de la même façon que la naissance d'un être vivant est inconcevable de la phase initiale de procréation, le moment de la mise au monde juridique renseigne incomplètement, sur la création de la norme "(³²⁵).

En écrivant que l'acte juridique c'est " l'acte lui-même envisagé en tant qu'opération, c'est à dire en tant qu'ensemble de faits et gestes à accomplir pour parvenir au résultat défini, c'est à dire l'apparition d'une norme juridique ..."(³²⁶) Ch. EISENMANN montre bien, que nous concernant, c'est l'ensemble des deux actes qui pourrait recevoir la qualification d'acte juridique et non l'un et l'autre.

Toutefois en restant fidèle à la définition de H. KELSEN et de Ch. EISENMANN, on pourrait considérer que seul l'acte de tutelle répond à la définition dans la mesure où c'est son intervention qui produit la norme, mais cette thèse, on l'a vu, S. REGOURD la rejette (³²⁷) car c'est faire de l'organe central le normateur concepteur, alors qu'il n'est en réalité que le normateur accoucheur. Sans lui, l'enfant ne naît pas, mais sans, lui l'enfant est conçu!

En fait, obnubilés par l'idée qu'UNE norme va naître, les auteurs en font le fruit d'UN acte juridique.

En s'élevant contre la confusion norme-acte juridique H. KELSEN (³²⁸) et Ch. EISENMANN (³²⁹) avaient prévenu contre cette réduction selon laquelle une norme ne saurait émerger que

³²⁴.Ch. EISENMANN Cours de droit administratif, p. 681, tome 2; L.G.D.J. 1983

³²⁵.S. REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français, p. 370, L.G.D.J.1982

³²⁶.Ch. EISENMANN Cours de droit administratif, p. 395, tome 1, L.G.D.J. 1983

³²⁷.S. REGOURD tirait de ce constat une conclusion différente, puisque selon lui, ainsi, l'enfant pourrait sortir de deux ventres en n'ayant qu'une seule mère. cf. p. 371 de L'acte de tutelle en droit administratif français précité.

³²⁸.H. KELSEN Théorie pure du droit, p. 343

d'un acte juridique. Pourtant ils n'ont pas été à l'abri de cette confusion-réduction comme le montre le propos de Ch. EISENMAN faisant de l'acte juridique " l'ensemble des faits et gestes" conduisant à la norme.

Pour sortir de l'impasse, il faut revenir à la définition de l'ordre juridique.

En considérant l'ordre juridique comme un système de justification dans lequel les actes humains reçoivent le titre de normes en conformité avec une norme préexistante ou avec une procédure établie, M. TROPER ⁽³³⁰⁾ montre que l'opération de justification débouche sur l'unité: LA NORME, mais celle-ci peut-être le résultat de plusieurs confrontations de l'acte postulant au titre de norme avec la réglementation juridique, c'est à dire avec l'arsenal de justification.

Ces différents moments de confrontation constituent des actes juridiques au sens posé par P. AMSELEK, c'est à dire d'actes " ayant vocation à manifester une prescription de normes " ⁽³³¹⁾ dans la mesure où ce sont des " actes de dire ⁽³³²⁾ institués par le droit pour l'exercice de compétences d'autorité sociale, de fonctions sociales dirigeantes ..." ⁽³³³⁾.

On pourrait objecter, une fois encore que c'est uniquement ensemble, dans leur union que l'acte de l'organe central et celui de l'organe non central manifestent cette vocation à prescrire une norme mais P. AMSELEK considère que "tout acte de dire qui se présente comme accompli dans l'exercice de telles fonctions doit être qualifié - et est de fait couramment qualifié - "acte juridique", même s'il correspond à un exercice défectueux desdites fonctions" ⁽³³⁴⁾ comme le montre la théorie du fonctionnaire de fait ⁽³³⁵⁾.

³²⁹.Ch. EISENMANN Cours de droit administratif, p. 375, tome 1, L.G.D.J. 1983

³³⁰.M. TROPER Système juridique et Etat, p. 41, tome 31, Archives de philosophie du droit, SIREY 1986

³³¹.P. AMSELEK L'acte juridique selon Ch. EISENMANN, p. 322, tome 32, Archives de philosophie du droit, SIREY 1987

³³².Ibid. p. 316, l'auteur définit l'acte juridique comme " un acte de parole, de dictio "

³³³.Ibid. p. 323

³³⁴.Ibid. p..323

L'existence juridique des actes de tutelle ou sous tutelle établie par S. REGOURD démontre l'exercice de ces fonctions sociales dirigeantes et autorise donc à qualifier les actes de tutelle et sous tutelle, d'actes juridiques.

N'étant pas des normes, ces actes juridiques peuvent-ils prescrire des conduites aux hommes ? Peut-il y avoir deux types d'actes prescriptifs de conduite, les normes juridiques et certains actes juridiques ? La thèse de R.G. SCHWARTZENBERG en apporte la démonstration (³³⁶).

³³⁵. Sur cette question, cf. R. CHAPUS Droit administratif général, p. 753 & et 799 & s, MONTCHRESTIEN 1992

³³⁶.R.G. SCHWARTZENBERG L'autorité de chose décidée, L.G.D.J. 1969

2) La faculté d'empêcher, ultime rempart au caractère de norme

Sauf à ruiner la définition de la norme, acte juridique justifié socialement, celle-ci ne saurait être contestable. La faculté d'empêcher qui s'exerce en dernier sur la faculté de statuer, figurera le moment de l'acquisition du caractère normatif.

a) Le critère de la norme: l'incontestabilité

Dans sa recherche R.G. SCHWARTZENBERG démontre que certains actes administratifs disposent d'une autorité singulière dans la mesure où ils ont force obligatoire c'est à dire qu'ils produisent des effets de droit sans exiger le consentement de leurs destinataires ⁽³³⁷⁾.

Cependant ces actes ne disposent pas de la même autorité que celle conférée par le législateur ou le juge. Cette autorité particulière est communément désignée sous l'expression "d'autorité de chose décidée" ou "privilège de l'exécution préalable".

Pour déterminer cette autorité de chose décidée R.G. SCHWARTZENBERG prend comme références la chose légiférée d'une part et la chose jugée d'autre part, qui présentent toutes les deux un caractère identique, selon l'auteur: l'incontestabilité.

L'élimination de la loi comme terme de référence s'impose puisque son incontestabilité n'est liée qu'à sa situation en France et non à l'une de ses qualités intrinsèques. En effet, on sait que si la loi en France est incontestable, même depuis l'introduction du contrôle de constitutionnalité en 1946 ⁽³³⁸⁾, il n'en est pas de même dans d'autres systèmes juridiques comme en atteste le régime de la loi aux Etats Unis d'Amérique.

³³⁷.Ibid.p.43

³³⁸.La constitution du 27/10/1946 introduisait dans ses articles 91 & s un contrôle de la constitutionnalité; la constitution du 4/10/1958 le prévoit à l'article 61

Par ailleurs, si l'opération de qualification d'un acte en norme prend nécessairement en considération l'organe disposant de la faculté de statuer ⁽³³⁹⁾, la norme, elle, l'ignore; son titre de norme suffit à son autorité. La filiation de l'acte juridique est connue, en revanche la norme juridique est orpheline. Aussi ce ne sera que pour renvoyer à la filiation de l'acte juridique que l'on pourra parler de norme constitutionnelle, législative, réglementaire et non pour exprimer une autorité particulière à chacune d'elle ou bien la norme est autre chose qu'une conduite prescrite.

Ceci impose de trouver le critère de la norme pour la distinguer des simples actes juridiques décisifs. Ce critère est l'incontestabilité dans la mesure où l'on ne saurait admettre d'hésitation sur son existence car la conduite des hommes en dépend.

Pour appréhender cette incontestabilité il faut se garder de confondre "valeur" et vigueur. En effet P. AMSELEK montre qu'une "norme" reconnue ultérieurement non valable peut avoir permis la création d'autres normes; mais ceci en raison de son entrée en vigueur et non pas en sa qualité de norme, de sa validité qui ne lui est pas reconnue ⁽³⁴⁰⁾. Malgré cela la "norme" non valable produit de l'obligation car " le "caractère obligatoire" ... est un élément même de (la) structure du droit ", qui se distingue de la validité ⁽³⁴¹⁾. En fait c'est l'ordre juridique lui-même qui en instituant des organes, des procédures, des règles de fond implique ce caractère obligatoire provisionnel. Cet aspect provisionnel vaut seulement pour les règles susceptibles d'annulation car pour celles que le juge interprète dans sa fonction d'application du droit, il ne met pas en cause le caractère obligatoire mais le champ d'application de la norme qui selon sa décision régira ou non la situation de fait considérée.

Il convient donc de déterminer le moment de l'acquisition de l'incontestabilité.

³³⁹. Le fondement de cette prise en considération résulte de sa place dans le processus de justification, notamment de l'existence ou inexistence d'une faculté de statuer susceptible de supplanter celle qu'il exprime: ex: art.45 de la constitution du 4/10/1958, délégation de signature.

³⁴⁰. P. AMSELEK *Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique*, p 15, R.D.P. 1978. Cependant l'auteur ne devrait pas utiliser l'expression " norme non valable " puisqu'ainsi que l'écrit M.TROPER " la validité est le mode même d'existence des normes " dans l'article " La pyramide est toujours debout! Réponse à Paul AMSELEK, p 1532, R.D.P.1978

³⁴¹. Ibid. p 18

b) Le moment de l'incontestabilité

Cette incontestabilité est acquise aux actes dotés de l'autorité définitive de chose jugée ⁽³⁴²⁾. Cette incontestabilité est manifeste dans notre domaine. Un juge ne peut pas "recréer un acte juridique" annulé définitivement par un précédent juge.

Pour comprendre cette autorité particulière de la chose jugée, il faut analyser l'acte juridique-norme. Cette analyse permettra de déterminer l'instant de l'obtention de l'incontestabilité.

Dans l'acte juridique, écrivait Ch. EISENMANN reprenant la distinction *negotium-instrumentum*, ce qui importe, c'est l'élément intellectuel, le "tu dois, ou vous devez faire ceci ou ne pas faire cela" et non le support matériel de cet élément intellectuel ⁽³⁴³⁾.

Reprenant cette remarque, P.AMSELEK va l'approfondir en considérant que le *negotium*, c'est à dire l'acte juridique, est "un acte de parole, de *dictio*" qui ne se confond ni avec l'instrument, ni "avec l'ensemble de la procédure au terme de laquelle il prend éventuellement place. Et cet acte de dire ne se réduit pas davantage à ce qui est dit, énoncé au texte ... et encore moins à une partie de ce qui est énoncé au texte du seul dispositif: l'acte juridique, ce n'est pas simplement ce qui est énoncé, mais l'acte même accompli par son auteur en l'énonçant ... dire signifie littéralement, selon l'étymologie même, montrer par la parole, faire paraître, donner à voir - sous-entendu quelque chose d'inapparent par lui-même..." ⁽³⁴⁴⁾.

L'existence de la norme est toute entière contenue dans cet acte de dire, qu'on l'empêche et la norme n'apparaît pas, n'est pas révélée.

³⁴².sur la justification de cette autorité, cf. J. CARBONNIER Droit civil, Introduction, p.330 & s, P.U.F.Thémis1988; L. JULLIOT DE LA MORANDIERE Droit civil, p. 163 & s tome 1, DALLOZ 1965; G. MARTY & P. RAYNAUD, Introduction générale à l'étude du droit, p.337 tome 1, SIREY 1972; R.G. SCHWARTZENBERG L'autorité de chose décidée, p. 270 & s, L.G.D.J. 1969

³⁴³.Ch. EISENMANN Cours de droit administratif, p. 375, tome 1; L.G.D.J.1983

³⁴⁴.P.AMSELEK L'acte juridique selon Ch. EISENMANN, p 317, tome 32, Archives de philosophie du droit, SIREY 1987

Le moment de cette révélation, c'est lorsque dans le processus de justification s'exerce la dernière faculté d'empêcher, puisqu'on l'a vu, s'exprimant par l'autorisation, l'approbation ou l'annulation, elle constitue la clé de la qualification d'un acte en norme.

L'acte juridique paré de l'autorité de chose décidée sera celui répondant a priori, en raison de l'absence d'intervention de la faculté d'empêcher du juge, aux critères statiques et dynamiques du label " norme juridique ". La norme juridique parée de l'autorité de chose jugée sera celle reconnue conforme par le titulaire de la faculté d'empêcher, aux critères dynamiques et statiques de justification du label " norme juridique ". Avant l'intervention de la faculté d'empêcher l'acte non central " demeure en perpétuel procès et en éventuel devenir "⁽³⁴⁵⁾ car il lui manque l'autorité formelle et l'autorité matérielle que seule l'intervention de la faculté d'empêcher est susceptible de lui donner.

Ce dernier mot sera le plus souvent l'oeuvre d'un juge mais il pourra s'agir aussi d'un organe central doté d'une faculté de statuer, ce qui ne sera pas sans conséquence sur la qualification de l'organisation du pouvoir normatif. On raisonnera sur l'intervention d'un juge dans la mesure où l'appartenance d'un juge au processus normatif est de loin la plus contestée.

II) Une unité découlant de la place du juge dans le processus normatif

Mon argumentation repose non seulement sur le fait que le juge est créateur de droit mais aussi sur l'inclusion du juge dans un processus normatif au sein duquel il serait une autorité nécessaire.

Le propos aurait pu apparaître déplacé tant notre tradition juridique et idéologique s'opposait en apparence à l'affirmation, en se fondant sur la séparation des fonctions judiciaires et administratives en vertu de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 Fructidor an III ⁽³⁴⁶⁾.

³⁴⁵.R.G. SCHWARTZENBERG L'autorité de chose décidée p 197 L.G.D.J. 1969

³⁴⁶. Art.13 loi 16-24 Août 1790 " Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent toujours séparées des fonctions administratives; les juges ne pourront à peine de forfaiture troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs en raison de leurs fonctions." et le décret du 16 Fructidor an III dispose: " Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit." Code Administratif, p. 18 DALLOZ 21^{ème} éd. 1990

Finalement aujourd'hui, la doctrine admet le rôle normatif du juge ⁽³⁴⁷⁾ et le juge constitutionnel ou administratif non seulement ont usé, plus que le juge judiciaire, de ce pouvoir prétorien ⁽³⁴⁸⁾ (A) mais l'effet de leurs décisions en matière de contrôle de la constitutionnalité ou de la légalité les intègre totalement au processus normatif (B).

D'un autre point de vue, l'unité de la réglementation apparaît avec l'originalité du statut institutionnel du juge constitutionnel ou administratif.

Cela tient d'une part aux modalités de recrutement qui, concernant le juge constitutionnel relèvent le plus souvent d'organes politiques et concernant le juge administratif en France, sont celles de l'administration " active ".

D'autre part, en France en matière réglementaire, cette unité de la réglementation est liée à la place du juge qui non seulement intervient en aval de la décision mais aussi en amont. Ce dernier point traduit, d'ailleurs, les conséquences de la loi des 16-24 août 1790 et la place historique du juge administratif tant dans la procédure d'élaboration des normes que dans le contentieux administratif.

³⁴⁷.J. CARBONNIER déclare à ce propos: " La conception actuelle est différente. Elle admet que le juge soit créateur, non pas seulement interprète; et que s'il ne rencontre pas dans l'ordonnancement juridique préexistant une règle de droit adéquate au cas de l'espèce, il puisse s'en forger une à l'aide de sa raison...Le juge agit alors comme s'il avait à faire acte de législateur". Droit civil, tome 1, p. 17 Thémis P.U.F. 6^{ème} éd. 1965

L. DUGUIT refusait de voir dans le juge un normateur (tome 1, Traité de droit constitutionnel, p. 159 & s) mais admettait la thèse d'HAURIOU selon laquelle l'exception d'inconstitutionnalité peut être invoqué devant tout tribunal non seulement lorsque la loi " viole une règle formelle de la constitution, mais encore toute loi qui viole un principe essentiel à la vie de l'Etat." Traité de droit constitutionnel, tome 3, p. 722 & s BOCCARD 1930

³⁴⁸.Cette intervention plus grande du juge administratif tient ainsi que le signalait J. RIVERO, au fait qu'"il arrive souvent qu'aucune règle écrite n'ait prévu le cas soumis au juge....Dès lors, le juge administratif n'avait qu'une ressource: formuler lui-même la règle générale qui lui permettait de statuer." Droit administratif, p. 74 & s DALLOZ 9^{ème} éd.1980

A) Le juge normateur

Le juge créateur de droit sans doute, mais ce n'est pas sa décision qui pose une norme mais son raisonnement.

1) La décision juridictionnelle n'est pas une norme

H. KELSEN ⁽³⁴⁹⁾ et à sa suite Ch. EISENMANN ⁽³⁵⁰⁾ ont considéré que les décisions juridictionnelles constituaient des normes juridiques individuelles, dans la mesure où elles sont " des éléments de réglementation d'une conduite humaine " ⁽³⁵¹⁾. R. CARRE de MALBERG tout en admettant le caractère créateur du juge refusait cette assertion en raison de l'autorité limitée de la décision juridictionnelle ⁽³⁵²⁾. Pour L. DUGUIT " les juges ne sont que des interprètes ...; ils ne peuvent jamais être des créateurs " ⁽³⁵³⁾.

La querelle n'est pas nouvelle, il y a donc une certaine prétention à y intervenir après d'aussi éminents juristes. On risque l'aventure malgré tout!

Déjà, on constatera que le propos de H. KELSEN ne peut être appréhendé que lorsque la décision juridictionnelle solutionne un problème d'application du droit et non lorsque cette décision s'assimile à une faculté d'empêcher. En effet dans ce dernier cas ; on l'a montré à partir de la notion de " normes négatives " qui, sans doute avait inspiré S. REGOURD ; l'annulation du fait de sa rétroactivité ne modifie pas l'ordonnancement juridique et qu'ainsi elle ne peut être qualifiée de norme. Le raisonnement est identique pour l'approbation.

Concernant les décisions juridictionnelles d'application du droit, on ne peut considérer non plus qu'elles donnent naissance à une norme non seulement parce que " sa logique, en effet

³⁴⁹.H. KELSEN Théorie pure du droit, p 98, 318 & s, DALLOZ 1962

³⁵⁰.Ch. EISENMANN Cours de droit administratif, tome 2, p 348 & s

³⁵¹.Ibid. p 349

³⁵².R. CARRE de MALBERG Contribution à la théorie générale de l'Etat, p 744 & s, Réimpression C.N.R.S. 1962 de l'édition SIREY 1920

³⁵³.L. DUGUIT Traité de droit constitutionnel, tome 1, p 164

risque de conduire jusqu'à l'absurde et en tous cas à l'excès "⁽³⁵⁴⁾, mais aussi et surtout parce qu'elle repose sur une assimilation erronée du mode de création des normes et du mode de production des jugements.

Si l'on admet que l'ordre juridique est un système de justification, la qualification d'un acte en norme résultera d'un raisonnement syllogistique dans lequel la majeure sera une norme (règle de procédure ou de fond) et la mineure un acte prétendant au titre de norme.

Le raisonnement du juge est tout autant syllogistique, mais il n'a pas le même objet. Il ne vise pas à reconnaître la qualité de norme à un acte mais à déterminer si un acte, un fait est régi par le droit. Le rapprochement opéré par le juge entre le droit et cet acte ou ce fait ne transformera pas celui-ci en norme juridique. Messieurs MARTY et RAYNAUD avaient raison de souligner la curiosité d'une telle conclusion, mais on comprend moins qu'ils aient pu reconnaître la cohérence de la conception qui la sous-tendait (³⁵⁵).

S'il n'apparaît pas possible d'admettre que les décisions juridictionnelles constituent des normes juridiques, l'expression "juge normateur" n'est pas pour autant condamnable. En effet quel que soit l'objet de sa décision - appliquer le droit ou exercer sa faculté d'empêcher- le juge est maître du contenu de son raisonnement. C'est cette maîtrise, toujours contestée, de son appréciation du droit dans le cadre de son analyse syllogistique, qui autorise le recours à cette expression; ce n'est pas sa décision elle-même.

³⁵⁴G. MARTY & P. RAYNAUD écrivent: "Si toute concrétisation individuelle des solutions juridiques, dans le cadre de règles supérieures, fait partie du droit, il ne faut pas limiter aux seuls actes juridiques la vérité de cette observation. Un simple fait en tant qu'il est susceptible de provoquer des conséquences juridiques doit être également placé parmi les sources du droit: l'infraction ...; le délit ou quasi-délict civil créateur de responsabilité..." Droit Civil, Tome 1, p 227, SIREY 1972

³⁵⁵G.MARTY & P.RAYNAUD Droit civil, tome 1, p 227, SIREY 1972

2) *Un raisonnement normateur*

En exerçant cette faculté d'empêcher et en reconnaissant constitutionnelle ou légale telle ou telle norme, le juge élabore du droit non seulement parce que la norme de référence n'est pas nécessairement écrite mais aussi parce cette faculté d'empêcher reconnue à un juge tant dans le fédéralisme que dans la décentralisation et la libre administration conduit nécessairement à lui reconnaître une capacité d'appréciation, qui lui est aussi contestée.

Cette contestation, toujours d'actualité, fondée sur la crainte d'un gouvernement des juges remonte en France à la révolution de 1789 où, lorsque l'on a voulu établir l'ordre judiciaire, certains ont souhaité interdire cette possibilité.

Ainsi PRIEUR (de la Marne) déclarait à propos de l'interdiction de faire des règlements: " Je pense qu'on pourrait ajouter à l'article ces mots: " ni interpréter une loi, ni l'étendre d'un cas à un autre; ni prononcer sur un cas qui ne serait prévu par la loi ". Pour appuyer mon observation, je vous prierai de ne pas perdre de vue ce principe. Le juge doit appliquer la loi au fait qui lui est dénoncé; s'il n'y a pas de loi sur ce fait, et qu'il prononce, son jugement est une loi "⁽³⁵⁶⁾.

Ce refus de voir le juge hissé " au rang des sources formelles de notre droit privé positif " ⁽³⁵⁷⁾ ainsi que l'exprimait F. GENY n'excluait pas un certain réalisme puisque ce dernier soulignait que pour certains auteurs la séparation des pouvoirs " n'empêchera jamais le juge de participer dans une certaine mesure à la législation "⁽³⁵⁸⁾.

Cette conséquence de l'action du juge apparaît aussi bien dans l'activité du juge constitutionnel que dans celle du juge administratif.

³⁵⁶.PRIEUR (de la Marne) Gazette Nationale-Le Moniteur Universel du 6 juillet 1790 Réimpression du Moniteur Universel Révolution Française Assemblée Constituante Tome 5 p 50 PLON

³⁵⁷.F. GENY Méthode d'interprétation et sources en droit privé L.G.D.J. 1954 tome II, p. 35

³⁵⁸.Ibid. tome I, p. 209 et s, et la note 1 p. 209

En effet, si l'on considère le contrôle de constitutionnalité aux Etats Unis, on s'aperçoit que les procédures de l'exception, de l'injonction et du jugement déclaratoire ⁽³⁵⁹⁾ ont conduit le juge à exercer " essentiellement une fonction législative "⁽³⁶⁰⁾.

Ce constat vaut pour la France où l'élaboration par le Conseil Constitutionnel du " principe de constitutionnalité " ⁽³⁶¹⁾ manifeste un " régime d'énonciation concurrentiel des normes "⁽³⁶²⁾ tendant dans le processus normatif à conférer au Conseil " le rôle du Commandeur: celui qui dit le dernier mot, qui n'intervient qu'une fois, mais définitivement "⁽³⁶³⁾.

Concernant le juge administratif en France, il est banal d'affirmer qu'il a été "amené à faire véritablement le droit"⁽³⁶⁴⁾ et dans le domaine des collectivités locales cette oeuvre apparaît dans les deux branches de l'intervention publique, à savoir service public et police administrative.

Concernant le service public et notamment en matière d'interventionnisme économique, l'évolution de la jurisprudence entre l'arrêt Casanova ⁽³⁶⁵⁾ et l'arrêt Société La maison des isolants de France ⁽³⁶⁶⁾, où l'on passe dans le premier cas d'une intervention admise dans des "circonstances exceptionnelles " à l'intervention qui dans le second cas constitue " l'exécution même d'une mission de service public"; montre l'évolution normative du juge. Entre ces deux arrêts, il avait reconnu cet interventionnisme local dès lors qu'"en raison de circonstances

³⁵⁹. Sur ces procédures voir G. BURDEAU Traité de science politique, Tome IV, p. 468 & s, L.G.D.J. 2^{ème} éd. 1969

³⁶⁰. R.P. CLAUDE Interventions judiciaires aux Etats-Unis R.D.P. 1973 p. 1001

³⁶¹. L. FAVOREU Le principe de constitutionnalité, p. 33 Mélanges EISENMANN 1975

³⁶². D. ROUSSEAU Droit du contentieux constitutionnel, p. 385 MONTCHRESTIEN 1990

³⁶³. C. EMERI Gouvernement des juges ou veto des sages, R.D.P. 1990 p. 349

³⁶⁴. G. VEDEL & P. DELVOLLE Droit administratif, tome 1, p. 89 Thémis P.U.F. 11^{ème} éd. 1990

³⁶⁵. C.E. 29 Mars 1901 Casanova p 59 & s G.A.J.A. SIREY 9^{ème} éd. 1990; voir aussi J.F. LACHAUME dans Les grandes décisions de la jurisprudence " Droit administratif ", p. 173 & s P.U.F. 1980

³⁶⁶. C.E. 26 Juin 1974 Société La maison des isolants de France R.D.P. 1974 p 1486

particulières de temps et de lieux, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière"⁽³⁶⁷⁾.

En matière de police administrative, la jurisprudence illustre cette latitude normative du juge tant pour ce qu'il convient d'appréhender comme trouble à l'ordre public, condition nécessaire à l'exercice du pouvoir de police ⁽³⁶⁸⁾ que dans la mise en oeuvre des moyens adaptés au rétablissement ou au maintien de l'ordre public ⁽³⁶⁹⁾.

Enfin pour illustrer la capacité normative du juge administratif il est difficile d'éviter le trait de G.BRAIBANT à propos des communes: " Les communes font ce que le Conseil d'Etat leur permet de faire et n'ont pas droit de faire ce qu'il leur interdit de faire "⁽³⁷⁰⁾.

Cette capacité normative du juge doit être appréhendée dans le cadre du processus général de production de la norme. En effet le juge constitutionnel ou administratif et en cela ils se distinguent fondamentalement du juge judiciaire, relèvent à part entière du processus normatif.

B) le juge, élément du pouvoir normatif

Le juge constitutionnel ⁽³⁷¹⁾ ou administratif ⁽³⁷²⁾ sont des éléments organiques du pouvoir normatif législatif ou réglementaire. L'affirmation n'est pas nouvelle mais toujours aussi controversée.

³⁶⁷.C.E.30 Mai 1930 Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers p 268 & s G.A.J.A. SIREY 9^{ème} éd.1990

³⁶⁸.cf. la jurisprudence en matière de projection cinématographique p 577 & s G.A.J.A. SIREY 9^{ème} éd.1990

³⁶⁹.cf. la jurisprudence relative aux moyens à mettre en oeuvre en matière de police p 286 & s G.A.J.A. SIREY 9^{ème} éd. 1990

³⁷⁰.G. BRAIBANT Les libertés locales devant le juge administratif Actes du Colloque " La décentralisation pour la rénovation de l'Etat ", p. 144 P.U.F. 1976

³⁷¹.D. ROUSSEAU évoque Le Conseil constitutionnel comme " un organe essentiel du processus législatif " ou " comme un acteur fondamental du processus complexe de fabrication des lois." Droit du contentieux constitutionnel p 69 MONTCHRESTIEN

³⁷².G.VEDEL & P.DELVOLLE rappellent que " la légalité n'est pas seulement un appareil extérieur bornant l'action de l'Administration par le jeu des règles constitutionnelles ou législatives. Elle est aussi une entreprise

L'affirmation repose sur la place originale du juge constitutionnel ou administratif dans le processus d'élaboration des normes; place qui se manifeste par l'absence d'intervention postérieure à la sienne qui peut se dérouler parfois en plusieurs étapes ⁽³⁷³⁾ et surtout par l'effet de son intervention qui nonobstant son caractère souvent postérieur à l'entrée en vigueur de l'acte, doit être rattachée au processus normatif.

En d'autres termes cette faculté d'empêcher qu'elle s'exprime avant ou après l'entrée en vigueur de l'acte, fait corps avec la faculté de statuer.

1) L'enjeu de l'intervention du juge

La proscription des arrêts de règlement qui s'impose au juge judiciaire est traduite par l'autorité relative de la chose jugée dont l'une des conséquences malgré la jurisprudence, c'est à dire l'effet cumulatif des jugements, réside dans l'incapacité du juge à porter atteinte à l'existence même de la norme dont il est le bras "séculier".

Ceci distingue fondamentalement le juge judiciaire du juge constitutionnel ou administratif en matière de contrôle de la constitutionnalité ou de la légalité dans la mesure où l'intervention de ces derniers peut se traduire par la mise en cause de l'existence même de l'acte et c'est d'ailleurs la fonction qui leur est attribuée. Ceci implique que l'autorité titulaire de la faculté de statuer ne dispose pas " de la capacité effective de démentir le juge " ⁽³⁷⁴⁾ car nous aurions alors une confusion du pouvoir puisque le normateur disposerait d'une faculté de statuer qui ne serait plus équilibrée par la faculté d'empêcher remise à un autre organe.

d'"auto-limitation institutionnelle ", comme le montrait le doyen HAURIOU, puisqu'elle implique la soumission de l'Administration à ses propres décisions et au droit élaboré par le juge administratif sorti de son sein..." Droit administratif, tome 1, p. 532 coll. Thémis P.U.F.1990; voir cependant P.DELVOLLE qui n'évoque pas cette association du juge à l'édition de la norme dans L'acte administratif, SIREY 1983.

³⁷³.cf. par exemple l'intervention du Tribunal constitutionnel au Portugal qui peut intervenir dans le cadre d'un contrôle a priori et a posteriori, La justice constitutionnelle au Portugal, ECONOMICA 1989

³⁷⁴.J.M. GARRIGOU-LAGRANGE Les partenaires du Conseil Constitutionnel ou De la fonction interpellatrice des juges, R.D.P. 1986 p. 658. L'auteur appréhende l'intervention des juges sans distinguer l'effet de leur intervention or l'inapplication d'une règle se distingue nécessairement de la suppression de la règle, du fait du maintien dans l'ordonnement juridique de la règle inappliquée.

En effet aux Etats-unis " une loi inconstitutionnelle n'est pas une loi, elle ne confère aucun droit, elle n'impose aucun devoir, elle n'accorde aucune protection, elle ne crée aucune fonction; elle est d'un point de vue juridique, aussi inopérante que si elle n'avait jamais été votée "⁽³⁷⁵⁾ et de cela " découle l'effet rétroactif d'une déclaration d'inconstitutionnalité "⁽³⁷⁶⁾.

De même en France, l'annulation d'un acte administratif le fait disparaître " de l'ordonnancement juridique et, par conséquent, l'annulation produit ses effets erga omnes". Les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus " selon une formule fréquemment reprise par les arrêts..." et " il en résulte donc, que contrairement au principe général de non-rétroactivité des actes administratifs..., la décision d'annulation pourra comporter un effet rétroactif..."⁽³⁷⁷⁾. La rétroactivité s'applique que l'annulation soit décidée par le juge ou l'administration ⁽³⁷⁸⁾.

Jamais l'action du juge judiciaire ne pourra aboutir à un tel résultat même par l'effet cumulé de ses jugements et cela le différencie fondamentalement du juge constitutionnel ou administratif.

L'objet de l'attention du juge constitutionnel et du juge administratif est l'acte prétendant au titre de norme alors que le juge judiciaire appréhende un problème d'application de la norme. Cette différence fondamentale qui se traduit par l'idée d'un "procès fait à un acte"⁽³⁷⁹⁾ explique que l'on ait pu affirmer dans cette hypothèse l'absence de parties dans un tel procès eu égard son caractère objectif.

³⁷⁵.A & S. TUNC Le système constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique, p. 294 éd. DOMAT MONTCHRESTIEN 1954

³⁷⁶.Ibid. p 295

³⁷⁷.J.M. AUBY & R. DRAGO Traité de contentieux administratif, p. 425, tome 2, L.G.D.J. 1984

³⁷⁸.cf. C.E. Ass. 26 Novembre 1976 SOLDANI req.99036 A.J.D.A. 1977 p. 33

³⁷⁹.E. LAFERRIERE cité par R. CHAPUS Droit du contentieux administratif p 124 2ème éd. MONTCHRESTIEN 1990

En outre, par la décision judiciaire l'acte incriminé ne disparaît pas de l'ordonnancement juridique, d'une part et l'absence d'effet ou la modification d'effet de la norme ne vaut que pour les parties, d'autre part.

Que l'intervention du juge constitutionnel ou administratif soit antérieure ou postérieure à l'entrée en vigueur de l'acte, l'on voit bien qu'elle fait corps avec la faculté de statuer reconnue à d'autres organes. Ainsi faculté de statuer et faculté d'empêcher participent à la même oeuvre de détermination de la norme qui s'appliquera aux personnes.

Dans les deux cas - contrôle de constitutionnalité ou de légalité - obligation est faite aux détenteurs de la faculté de statuer de s'en tenir à ce que le juge reconnaît comme correctement énoncé ⁽³⁸⁰⁾ pour la simple et unique raison qu'à défaut, la norme souhaitée soit ne verra pas le jour soit pourra disparaître par annulation. Ceci traduit ainsi l'idée que " la seule hiérarchie est celle des normes émises par l'organe de contrôle par rapport aux normes soumises à ce contrôle" ⁽³⁸¹⁾.

2) Un enjeu intégrant le juge au processus normatif

L'on objectera à mon propos que le juge ne peut appartenir au processus normatif puisque le plus souvent son intervention est postérieure à l'entrée en vigueur de la règle et qu'il ne peut s'autosaisir.

Sur ce dernier point, il convient de constater que ceci ne constitue pas réellement un obstacle à l'exercice de sa faculté d'empêcher en raison du nombre important de ceux qui peuvent le saisir. Il n'est pas indifférent de rappeler à cet égard, que c'est dans le domaine des relations

³⁸⁰. Cette "obligation" ne vaut que pour les titulaires de la faculté de statuer soumis à la faculté d'empêcher concernée. Il est toujours possible d'envisager que des titulaires d'une faculté de statuer non soumise à cette faculté d'empêcher puisse aller à l'encontre de la volonté du juge (ex. lois de validation pour les règlements annulés en France en remarquant toutefois que le juge constitutionnel a considérablement encadré cette possibilité à partir de la décision 80-119 D.C. du 22/7/1980 (A.J.D.A. 80 p 480 & 603) en considérant qu'il n'appartenait " ni au législateur, ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions "; sur ce point cf. B. GENEVOIS La jurisprudence du Conseil Constitutionnel, p. 280 & s, Ed.S.T.H.1988 et D. ROUSSEAU Droit du Contentieux constitutionnel, p. 206 & s, MONTCHRESTIEN 1990).

³⁸¹. J.M. AUBY Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public, éléments de problématique, p. 21 Mélanges PELLOUX, L'HERMES 1980

organes centraux-organes locaux, que le juge en France a le plus élargi la notion d'intérêt pour agir en le situant dans la qualité de contribuable local, et ce très tôt ⁽³⁸²⁾.

Cet intérêt ne disparaît pas, même si l'on est membre de l'organe délibérant et que l'on a participé à la délibération ⁽³⁸³⁾.

Cette grande ouverture du juge en matière de recevabilité des requêtes, s'est manifestée aussi dans l'allongement de la durée pendant laquelle le recours pouvait être introduit dans le cadre du contrôle de la légalité des actes locaux en France. Le Préfet ⁽³⁸⁴⁾ ou le simple particulier ⁽³⁸⁵⁾ voit le délai interrompu par un recours administratif effectué auprès du titulaire de la faculté de statuer.

Ceci montre que concernant le caractère "a posteriori" de l'exercice de cette faculté d'empêcher, l'absence d'auto-saisine du juge ne constitue pas un argument dirimant pour refuser ma thèse, d'autant que l'absence d'auto saisine constitue un moyen pour éviter le gouvernement des juges, c'est à dire éviter que l'exercice de la faculté d'empêcher n'influe indirectement sur celui de la faculté de statuer ⁽³⁸⁶⁾.

Ce caractère " a posteriori " de l'intervention du juge ne l'exclut pas du processus normatif. En effet, exprimant une simple faculté d'empêcher, il suffit qu'elle puisse se traduire dans les faits dans les meilleurs délais. Le sursis à l'exécution permet de répondre à cette exigence et il constitue à cet égard un veto suspensif.

Le législateur français a mesuré, d'ailleurs, l'utilité de cette procédure suspensive puisque dans la loi 82-213 du 2 mars 1982, il a assoupli au profit de l'organe central, le Préfet, représentant

³⁸². C.E.29/3/1901 CASANOVA, G.A.J.A. p 59, SIREY 9^{ème} éd.1990

³⁸³.C.E. 12 Juin 1992 Région Midi -Pyrénées, PETITES AFFICHES n° 111 Sept.1992 p. 5

³⁸⁴.C.E. 18/4/1986 Corep d'Ile et Vilaine R.F.D.A.1987 p 2

³⁸⁵.C.E. 25/1/1991 BRASSEUR A.J.D.A. 1991 p. 395

³⁸⁶.Sur cette influence indirecte, cf. Y.GAUDEMET Le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat dans le processus législatif, Actes du colloque C.C. & C.E. 21-22/1/1988, p 87, L.G.D.J.-MONTCHRESTIEN, 1988

le Gouvernement, les conditions pour l'octroi du sursis en supprimant la nécessité de rapporter la preuve que l'application de l'acte occasionnerait un dommage irréparable d'une part et en prévoyant l'automaticité du sursis dès lors qu'un moyen sérieux est avancé par le Préfet, d'autre part. Enfin lorsque l'acte est de nature à compromettre une liberté publique, le législateur a instauré une procédure d'extrême urgence ⁽³⁸⁷⁾.

Dans le même sens, le juge développe une jurisprudence qui permet d'obtenir, par référé, la suspension de l'application d'une décision administrative délivrant une autorisation ⁽³⁸⁸⁾. L'annotateur de cette décision, C. DEBOUY, contestait le maintien de l'interdiction pour le juge d'enjoindre l'administration considérant qu'il s'agissait d'"une auto limitation qui ne repose sur rien" ⁽³⁸⁹⁾. Il convient cependant de constater que l'injonction aboutirait à reconnaître au juge une faculté de statuer et donc à porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

Enfin, empêcher n'est qu'une possibilité, dès lors, si le juge n'est pas saisi, on peut considérer que la norme, dont la publicité aura été réalisée ⁽³⁹⁰⁾, reçoit l'agrément de ses destinataires, du peuple et des autres organes dotés d'une faculté de statuer ou d'empêcher.

J.C. HELIN montrait opportunément que dans le cadre du contrôle de légalité en France, il y avait place pour une "régulation administrative des conflits" qui se manifestait "ni par une application mécaniste de la règle de droit, ni dans sa méconnaissance systématique" ⁽³⁹¹⁾.

³⁸⁷. Sur ce sujet cf. F.P. BENOIT Les recours contre les actes des collectivités locales *ENCYCLOPEDIE DALLOZ COLLECTIVITES LOCALES*, p. 4542-1 & s

³⁸⁸. Or les collectivités locales délivrent de nombreuses autorisations; notamment en matière d'utilisation des sols privés (ex. permis de construire) ou publics (ex. occupation du domaine public)

³⁸⁹. T.A ROUEN 13/5/1991 Ass. de défense de la forêt de la Caboché...J.C.P. 1992 n 21781,

³⁹⁰. La loi 92-125 du 6/2/1992 relative à l'administration territoriale renforce l'information des citoyens et donc des organes de contrôle, cf. M. BOURJOL La réforme de l'administration territoriale, commentaire de la loi du 6/2/1992 *A.J.D.A.* 1992 p. 140

³⁹¹. J.C. HELIN La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit *R.F.D.A.* 1987, p. 765. Ceci se remarque notamment dans les désistements d'instance tentés par les Préfets après être arrivés à une décision locale qui, à défaut, d'être légale leur apparaissait "acceptable", cf. par ex. note J.F. LACHAUME sous T.A. POITIERS 30/4/1985, *R.F.D.A.* 1986, p.618

J. ROSSETTO étudiant l'évolution des régimes constitutionnels, a montré que celle-ci pouvait avoir un caractère conventionnel, c'est à dire être " le fruit d'un accord entre les différents pouvoirs publics " ⁽³⁹²⁾. Il constate que ces évolutions " peuvent être clairement formulées dans des déclarations expresses ou faire l'objet d'accords tacites " ⁽³⁹³⁾.

Ces propos corroborent l'idée de M. TROPER selon laquelle l'ordre juridique serait un système de justification des normes.

On peut appliquer en effet, ces réflexions à la question de la centralisation-décentralisation. La mise en oeuvre de la faculté d'empêcher et la répartition des facultés de statuer entre organes centraux et non-centraux peuvent faire l'objet de conventions tacites (ex. ne pas saisir le juge) ou expresses (encourager telle ou telle intervention locale) permettant d'évoquer l'idée d'un véritable concours entre organes centraux et non centraux.

De son côté, la jurisprudence administrative en France montre que concernant les normes locales, cette juridiction est en train "d'inventer au fil de sa jurisprudence, la légalité pour y enserrer la puissance de l'Etat " ⁽³⁹⁴⁾ et plus généralement de tous les producteurs de normes.

Cette puissance du juge constitutionnel ou administratif et celle des titulaires de la faculté de statuer "devraient former un repos ou une inaction. Mais comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert " ⁽³⁹⁵⁾.

Cette place du juge dans le processus normatif à un impact fondamental sur " l'autonomie locale ".

En effet, Ch. EISENMANN considérait que la mesure de la "décentralisation verticale" devait être appréhendée non seulement à partir de la place de l'activité normative décentralisée dans

³⁹².J. ROSSETTO Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels Thèse dactylographiée, p. 309 Poitiers 1982

³⁹³.Ibid. p 310

³⁹⁴.L. COHEN-TANUGI Le droit sans l'Etat, p. 105, Coll. Recherches politiques P.U.F. 1987

³⁹⁵.MONTESQUIEU L'esprit des lois Livre XI, Chap.VI p 302 tome 1 GARNIER-FLAMMARION 1979

la hiérarchie des normes car " celui qui est maître d'un pouvoir est virtuellement maître des pouvoirs inférieurs " mais aussi à partir de l'utilisation qu'a faite le " maître de son pouvoir " (³⁹⁶). Or si le juge n'est pas maître d'un pouvoir au sens où l'entendait Ch. EISENMANN puisqu'il ne détient que la faculté d'empêcher, il détient dans l'utilisation de celle-ci une clé de l'équilibre de l'exercice par les organes centraux et locaux de leur faculté de statuer.

Cette réflexion montre qu'il ne faut pas s'arrêter à la définition a priori de la faculté de statuer reconnue à tel organe central et à tel organe local car l'un et l'autre sont soumis au contrôle d'un organe central, juge constitutionnel ou administratif, qui participera à la détermination de l'existence et de l'autonomie de la faculté de statuer des organes non centraux. En effet, si la faculté d'empêcher les organes non centraux permet la résolution de notre équation " division = unité ", le risque existe qu'elle ne se traduise en fait par la négation de la division de la faculté de statuer. Dès lors, après avoir garanti l'unité, la centralisation-décentralisation doit garantir la division.

³⁹⁶.Ch. EISENMANN Centralisation-décentralisation p 258 L.G.D.J.1948

CONCLUSION DE LA 1^{ère} PARTIE

Selon Ch. EISENMANN, la compétence personnelle des organes permet de distinguer organes centraux et non-centraux, le caractère discrétionnaire ou non de cette compétence personnelle permettant de distinguer centralisation et décentralisation.

Mon propos a été de démontrer que cette thèse ne pouvait être admise en l'état.

Si la compétence personnelle n'apparaît pas a priori fondamentalement discutable, son association avec le caractère discrétionnaire, tel que l'envisage Ch. EISENMANN, l'est, dans la mesure où le caractère discrétionnaire de la norme locale fait obstacle à son introduction dans le système juridique car elle implique pour une même catégorie de normes (loi ou règlement) deux sources autonomes.

L'association d'un organe central, généralement un juge, à la production de la norme non-centrale permet de déterminer la norme applicable dans le niveau hiérarchique concerné sans pour autant l'on puisse en déduire l'établissement d'un nouveau degré dans la hiérarchie des normes, c'est à dire la subordination de l'acte écarté.

L'intervention de cet organe central fera que la norme sera le produit de deux volontés, une locale et une centrale; celle-ci intervenant en dernier consacrera soit par l'exercice d'une faculté d'empêcher, soit par l'exercice d'une faculté de statuer, l'unicité de la norme du niveau hiérarchique considéré.

Ainsi la décentralisation contrairement à la thèse de Ch. EISENMANN mais conformément à la doctrine classique ⁽³⁹⁷⁾ impliquerait nécessairement un " contrôle " de l'organe central sur la formation de la norme élaborée par l'organe non-central.

³⁹⁷.sur l'exposé synthétique et critique de la doctrine classique cf. Ch. EISENMANN Centralisation-décentralisation, p. 157 & s L.G.D.J. 1948

Il convient de rappeler toutefois que Ch. EISENMANN ne niait pas l'existence d'un "contrôle" mais il l'imputait à la centralisation supérieure, c'est à dire à l'unité exprimée par la norme première ⁽³⁹⁸⁾. Ainsi prenant l'exemple de l'activité administrative, il affirme que si la décentralisation ne commence qu'à ce stade, cela "implique ... un contrôle central sur les actes ou le comportement des autorités locales qui en sont chargées..." non parce qu'il y a "décentralisation, mais parce qu'elle est administration seulement, c'est à dire activité seconde ..." et qu'ainsi "ce contrôle - qu'on appelle traditionnellement tutelle - n'est pas du tout la manifestation, la "traduction juridique" de la décentralisation administrative; il est la manifestation, la "traduction juridique", le corollaire nécessaire de la centralisation législative"⁽³⁹⁹⁾.

En admettant même la justesse du propos de l'auteur, comment expliquer qu'il n'existe pas un contrôle, une tutelle sur les organes centraux et que seuls les organes locaux soient destinataires de cette attention? Organes centraux et organes locaux ayant des " activités secondes " au regard de la loi, comment l'activité seconde des organes locaux pourrait-elle supporter le contrôle d'un organe exerçant lui-même une activité seconde?

Si la réponse consistait à reconnaître que les organes centraux sont chargés seuls de l'exécution des lois, cela reviendrait à placer organiquement les organes centraux au-dessus des organes locaux, ce qui n'est ni compatible avec sa définition de la décentralisation, ni compatible avec le droit positif qui ne traduit pas l'idée d'une subordination des organes administratifs locaux aux organes centraux ⁽⁴⁰⁰⁾.

En fait selon lui, le principe d'unité ne s'exprimerait qu'au niveau de la norme première mais non à celui de la norme seconde autorisant ainsi la reconnaissance d'une compétence discrétionnaire au profit d'organes à compétence personnelle limitée, mais on ignore comment

³⁹⁸.Ibid. p 161

³⁹⁹.Ibid. p 162

⁴⁰⁰.B. FAURE Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, p. 340 & s, Thèse dactylographiée, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 1992

s'organisent les rapports entre les normes produites par ces organes, entre elles d'une part, entre elles et celles produites par les organes centraux, d'autre part.

Ceci conduit à reconnaître en fait deux types de solutions et non trois ainsi que l'écrivait Ch. EISENMANN; ces deux types étant ce qu'il désignait comme la centralisation et la semi-décentralisation; la décentralisation, telle qu'il l'entend, n'existerait pas en raison de l'absence de normes prises exclusivement par des organes non-centraux.

Cette association d'organes centraux et non-centraux dans la production de la norme non-centrale remet en cause la thèse de Ch. EISENMANN, selon laquelle la norme non-centrale révèle un organe non-central, c'est à dire à compétence personnelle limitée et ainsi le critère de la compétence personnelle pour déterminer le caractère central ou non-central des organes. Sa pertinence, admise précédemment, exige d'être refondée, à moins de l'écarter.

Aboutissant à un résultat destructeur de la présentation de Ch. EISENMANN, il faut sortir une nouvelle fois de l'impasse en déterminant les critères de la centralisation-décentralisation.

2^{ème} PARTIE

La centralisation - décentralisation, modalité de la séparation des pouvoirs

A l'instar du binôme régime parlementaire - régime présidentiel, la centralisation - décentralisation s'intègre à la question relative à la nature du régime politique de l'Etat. Cet aspect bouleverse l'appréhension que l'on a de la question, car sa dimension historique, économique, humaine..., pour simplifier sa dimension sociale s'imbrique dans sa dimension juridique, occultant ainsi les éléments propres à celle-ci. Ainsi en est-il des propos sur la préexistence à l'Etat des collectivités locales.

Le juriste ne peut que constater des données juridiques, - en l'espèce, qui participe au pouvoir normatif ? - pour fonder son raisonnement, son exposé sur le mode centralisé ou non centralisé de production des normes dans l'ordre considéré.

Dès lors, il convient de déterminer les critères juridiques de la distinction (Chapitre I), avant d'examiner comment l'agencement de ces critères produit tel ou tel type de mode de production des normes (Chapitre II).

CHAPITRE I) Les éléments de la distinction centralisation - décentralisation

Le thème de la centralisation - décentralisation est de ceux, qui intéressent les juristes depuis fort longtemps. Il est curieux de constater à cet égard, que cette préoccupation ancienne se caractérise par un empirisme où se mêlent données sociologiques et juridiques, d'une part, et affirmations péremptoires, d'autre part (Sous-Chapitre I). Il est donc impérieux de fixer les éléments à partir desquels la distinction centralisation - décentralisation peut-être envisagée (Sous-Chapitre II).

SOUS-CHAPITRE I : La recherche de critères, un préalable nécessaire

La démarche doctrinale est descriptive sinon purement affirmative et dès lors impuissante (Section I). H. KELSEN se distingue, car après avoir défini l'objet de la question de la centralisation - décentralisation, il propose un critère permettant la distinction des deux termes (Section II).

Section I) L'impuissance d'une démarche doctrinale descriptive

Cette démarche descriptive débouchera sur l'impossibilité de déterminer si centralisation et concentration sont synonymes ou non (I), et sur l'impossibilité de distinguer décentralisation et fédéralisme (II).

I) Centralisation - concentration : identité ou différence?

Pour M. HAURIOU dont la définition sera reprise, la centralisation administrative consiste en "la création d'un centre de coordination et d'unification dans l'administration de l'Etat grâce à l'existence d'un personnel hiérarchisé"⁽⁴⁰¹⁾.

Une confusion entre centralisation et concentration s'installe. En effet la centralisation "implique une concentration des tâches et des pouvoirs administratifs au profit des autorités centrales de l'Etat ..." ⁽⁴⁰²⁾. Cette confusion entre les deux termes est maintenue dans les ouvrages s'intéressant à la définition de la centralisation; ainsi par exemple G. DARCY, la décrit comme étant la situation dans laquelle "l'ensemble des tâches administratives est concentré entre les mains d'organes centraux ..." ⁽⁴⁰³⁾.

A cette confusion de la centralisation et de la concentration devrait correspondre une confusion identique de la décentralisation et de la déconcentration. Or les auteurs distinguent

⁴⁰¹.M. HAURIOU Précis élémentaire de droit administratif, p. 40, SIREY 1938

⁴⁰².M. BOURJOL Droit administratif, Tome I, p. 101, MASSON 1972

⁴⁰³.G. DARCY Le système administratif français, p.10, Ed. C.F.P.C.1982; cf. aussi B. REMOND & J. BLANC Les collectivités locales p. 26, Presses de la Fondation nationales des Sciences Politiques & DALLOZ 1989

fondamentalement ces deux termes ⁽⁴⁰⁴⁾ puisque pour eux, la déconcentration est une modalité de la centralisation exigée par l'impossibilité pratique de la concentration ⁽⁴⁰⁵⁾.

Cependant J.F. LORIT remarque que " lorsque l'on évoque les notions de décentralisation et de déconcentration ..., c'est pour en souligner à la fois l'opposition et le caractère commun ⁽⁴⁰⁶⁾.

Cette ambivalence des contraires des termes dont on cherche à définir le sens, explique peut-être que d'autres auteurs distinguent, centralisation et concentration car écrivent-ils " un régime peut être à la fois concentré et centralisé ..." peut être déconcentré sans être décentralisé ... peut enfin être décentralisé ..." ⁽⁴⁰⁷⁾.

Cette distinction va reposer non sur une qualité propre à la centralisation ou à la concentration mais sur une différence existant entre décentralisation et déconcentration qui consisterait en une organisation du pouvoir propre à chacune.

Cette différence entre ces deux contraires est fondée sur le critère de l'autonomie de l'organe, élément déterminant aussi le fédéralisme.

II) Fédéralisme - décentralisation, l'impossible discrimination

La distinction est opérée à partir du critère de l'autonomie, dont on discutera "l'initialité" (A) et de la personnalité morale qui sied à toutes les situations, y compris aux situations de dépendances (B).

A) L'impossible mesure de l'initialité de l'autonomie

⁴⁰⁴J.M. AUBY attribue la paternité de cette distinction à Léon AUCOC, Problématique de la déconcentration, Documents polycopiés du Colloque " Aspects de la décision administrative en milieu local " des 21 & 22/6/1978, Université de Bordeaux.

⁴⁰⁵Ibid. p. 11, cf. aussi F.P. BENOIT Le droit administratif français, p. 98, DALLOZ 1968

⁴⁰⁶J.F. LORIT Décentralisation et déconcentration, p. 27, Revue Administrative 1986

⁴⁰⁷G. VEDEL & P. DELVOLLE Droit administratif, Tome II, p. 388, P.U.F. Coll. Thémis, 1990

Un élément fondamental du raisonnement doctrinal apparaît immédiatement: les ordres juridiques seraient automatiquement, naturellement centralisés, seule une volonté peut changer cet état de fait.

La centralisation est un état "naturel" car la décentralisation est présentée comme une "concession"⁽⁴⁰⁸⁾, le résultat d'une "reconnaissance"⁽⁴⁰⁹⁾. En d'autres termes, la centralisation serait une donnée, la décentralisation le résultat d'un démembrement de l'Etat comme l'exprime M. WALINE ⁽⁴¹⁰⁾. La centralisation précède la décentralisation, ce qui explique l'expression hier utilisée en France, d'autorité supérieure, celle-ci étant celle qui concède ou reconnaît.

Cette constatation est importante car elle est à la base de la distinction opérée par les auteurs entre fédéralisme et décentralisation et déconcentration. Ces termes expriment une mise en oeuvre différente du principe d'autonomie: la décentralisation et la déconcentration traduisent l'octroi, le fédéralisme le consentement mutuel.

Ceci est manifeste chez G. BURDEAU qui écrit le " fédéralisme ne veut pas dire unité, mais union "⁽⁴¹¹⁾ ou encore R. PELLOUX pour lequel le fédéralisme " repose sur le consentement des unités composantes "⁽⁴¹²⁾. La manifestation de cette différence initiale résiderait dans la garantie constitutionnelle de l'Etat fédéré ⁽⁴¹³⁾ pour d'autres dans le fait que dans l'Etat unitaire, " il n'existe qu'un seul ordre juridique, celui de l'Etat"⁽⁴¹⁴⁾, exprimant ainsi

⁴⁰⁸.R. CARRE DE MALBERG écrit " la Selbstverwaltung est une faculté d'administration, fondée non point sur la puissance propre de la collectivité inférieure qui l'exerce, mais sur une concession émanant de la collectivité supérieure qui en a permis l'exercice ". Contribution à la théorie générale de l'Etat, p. 170 et la note 14, Réédition CNRS 1962 de l'édition SIREY 1920

⁴⁰⁹.G. BURDEAU écrit " A l'origine de l'idée de décentralisation il y a ainsi une reconnaissance de la liberté de l'organisme qui en bénéficie ..." Traité de Science politique, Tome II, p. 369, L.G.D.J. 1967

⁴¹⁰.M. WALINE Traité de droit administratif, p. 266, SIREY 1959

⁴¹¹.G. BURDEAU Traité de Science politique, Tome II, p. 467, L.G.D.J. 1967

⁴¹².R. PELLOUX Brèves réflexions sur le fédéralisme, p.217, Etudes offertes à J.J. CHEVALLIER, CUJAS 1977

⁴¹³.F. LUCHAIRE & Y. LUCHAIRE Le droit de la décentralisation, p. 19, P.U.F. Coll. Thémis, 1983

⁴¹⁴.J. BOURDON, J.M. PONTIER & J.C. RICCI Droit des collectivités territoriales, p. 28, P.U.F. Coll. Thémis 1987

implicitement que cette unité n'existe pas dans un Etat fédéral. Cette dernière affirmation implique en contradiction avec la doctrine dominante, que l'Etat fédéral ne constitue pas un ordre juridique hiérarchisé, mais la co-existence d'ordres juridiques.

Sans tomber dans cet excès, la thèse de la concession, de la reconnaissance ne peut être admise car elle fait de la décentralisation, la déconcentration les seuls problèmes à être saisis par le droit; le caractère unitaire ou fédéral de l'Etat serait une donnée du système. On ne peut admettre ceci car si l'ordre juridique est un système de justification, il fournit celle-ci pour l'ensemble des concepts qui y ont cours.

En admettant même cette présentation de la question, resterait à déterminer ce qui fait passer de la centralisation à la décentralisation ou à la déconcentration.

Il apparaît que le principe d'autonomie ne constitue pas un critère discriminant. En effet alors qu'il est présenté comme un élément de la distinction de la décentralisation et du fédéralisme, notion relative elle aussi à l'organisation du pouvoir, on se doit de relativiser la portée du principe d'autonomie ⁽⁴¹⁵⁾ permettant ainsi de passer " sans aucun hiatus, ..., de la décentralisation au fédéralisme "⁽⁴¹⁶⁾, sans que l'on sache le moment où se produit le passage de l'un à l'autre.

La doctrine va tenter de compenser cette imprécision du principe d'autonomie avec un élément objectif: la personnalité morale.

⁴¹⁵.Ibid. p. 29, cf. aussi: Ch. DURAND De l'Etat fédéral à l'Etat unitaire décentralisé, p. 193, Etudes offertes à A. MESTRE: L'évolution du droit public, SIREY 1956;

⁴¹⁶.F.P. BENOIT Le droit administratif français, p. 133, DALLOZ 1968; J. RIVERO évoque la vanité d'une distinction juridique, Fédéralisme et décentralisation: harmonie ou contradiction ?, p. 213, Pages de doctrine, L.G.D.J. 1980

B) La personnalité morale, parure de toutes les dépendances

La doctrine en difficulté avec l'autonomie s'attachera alors à la personnalité morale. L'absence de cette personnalité empêchera de reconnaître la décentralisation sans que l'on sache ce qu'exprime cette absence: centralisation ? concentration ? déconcentration ?

La personnalité morale ne permettra pas non plus de distinguer décentralisation et déconcentration, décentralisation et libre administration ou décentralisation et fédéralisme. On recherchera alors d'autres critères complémentaires, statut constitutionnel, participation organique au gouvernement, compétence matérielle... nous éloignant à chaque fois du critère prétendument discriminant: l'autonomie réalisée dans la personnalité morale.

Parmi ces critères complémentaires, celui de la compétence matérielle a une importance particulière dans la mesure où d'aucuns en ont fait le critère discriminant du fédéralisme, de la libre administration et de la décentralisation par rapport à la déconcentration.

Que cette autonomie soit réalisée dans la personnalité morale des collectivités non centrales, n'est pas évident. Ainsi en matière financière, l'autorité qui réglait le budget des communes en France pouvait modifier les propositions du Conseil Municipal en recettes ou dépenses ⁽⁴¹⁷⁾. En matière domaniale, le domaine public d'une collectivité ⁽⁴¹⁸⁾ peut voir son affectation modifiée par l'Etat ⁽⁴¹⁹⁾. Au plan organique, la personnalité morale ne fait pas obstacle à la nomination et à la révocation des organes de la collectivité par l'Etat.

Dès lors la personnalité morale ne saurait constituer la démonstration de l'autonomie des collectivités puisqu'elle n'arrête pas l'intervention de l'Etat et par ailleurs parmi toutes les personnes morales de droit public, elle ne permettrait pas de connaître celles révélant la centralisation ou la décentralisation.

⁴¹⁷.L. MORGAND La loi municipale, Tome II, p. 759 & s, Ed. BERGER-LEVRAULT 1963. La situation a évolué dans la forme avec la loi 82-213 du 2/3/1982 mais elle débouche au fond sur une substitution.

⁴¹⁸.J.F. LACHAUME rappelle que le droit de propriété des personnes publiques a été contesté et accepté " étant entendu, que ce droit sera, dans son exercice, adapté - donc limité - pour tenir compte des exigences de l'affectation du bien au public ou aux services publics ". L'évolution de la propriété publique dans L'évolution contemporaine du droit des biens, p. 105 & s, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, P.U.F. 1991

En d'autres termes, la doctrine s'acharne à distinguer la décentralisation d'autres types d'organisation du pouvoir, en ignorant ce qu'elle entend par décentralisation puisqu'elle n'a pas défini au préalable la centralisation.

Si le système juridique est un système de justification des actes humains, la question de la centralisation - décentralisation apparaît comme étant relative à une modalité particulière de justification, en ce qu'elle permet la reconnaissance du caractère normatif de certains actes.

Il importe donc de trouver le ou les critères objectifs permettant de distinguer ces modes d'organisation du pouvoir auxquels renvoient ces termes. H. KELSEN l'a clairement affirmé, mais Ch. EISENMANN critique fortement son approche.

Section II) Des critères objectifs contestés

La recherche de critères objectifs apparaîtra chez H. KELSEN dans le cadre de sa distinction statique et dynamique du droit, ce qui en matière de centralisation -décentralisation débouchera sur une ambiguïté que dénoncera Ch. EISENMANN qui rejette aussi le critère de la compétence matérielle avancé par d'autres auteurs.

1) L'approche de H. KELSEN

H. KELSEN applique à la centralisation - décentralisation sa théorie relative à la statique et à la dynamique du droit. Ceci le conduit à poser comme critère de la question, la validité territoriale des normes, que conteste Ch. EISENMANN.

A) Statique et dynamique du droit appliqué à la centralisation - décentralisation

Cette présentation du droit est propre à H. KELSEN qui la met en oeuvre pour définir la centralisation et la décentralisation.

1) Statique et dynamique du droit

⁴¹⁹J. DUFAU Le domaine public, Tome I, p. 177 & s, Ed. du Moniteur, 3^{ème} éd.1990

Pour H. KELSEN, l'on doit appréhender le droit en s'attachant " à connaître soit les normes juridiques qui sont créées par des actes humains et qui doivent être appliquées ou obéies, soit les actes de création ou d'application, et les actes d'obéissance aux normes; à la première option correspondra une théorie statique du droit, à la seconde une théorie dynamique du droit"⁽⁴²⁰⁾.

Dans la théorie statique, " c'est en vertu de leur fond ou contenu que ses normes sont valables, ... c'est parce que leur validité peut être rapportée à une norme sous le fond de laquelle leur propre fond se laisse subsumer comme le particulier sous le général "⁽⁴²¹⁾.

Cependant cela suppose qu'il existe une norme évidente de laquelle découleraient les autres. Cette norme évidente résulte d'une croyance, c'est à dire d'un acte de volonté l'établissant comme " norme évidente " et dont le contenu serait constitué par le principe d'observation des commandements de l'autorité. C'est à dire qu'une telle norme évidente ne peut " fournir que le fondement de validité des normes reposant sur elle, elle ne peut fournir leur contenu de validité "⁽⁴²²⁾. C'est ce qui caractérise la théorie dynamique dans la mesure où " la norme fondamentale présumée ne contient rien d'autre que l'institution d'un fait créateur de normes, l'habilitation d'une autorité créatrice de normes, ou ... une règle qui détermine comment doivent être créées les normes générales et les normes individuelles qui reposent sur cette norme fondamentale "⁽⁴²³⁾.

Il y a une différence de point de vue entre ces deux théories qui semblent impliquer une hiérarchie entre elles. En effet ""la théorie statique du droit" envisage le droit à l'état de repos, comme un système de normes en vigueur ", alors que ""la théorie dynamique du droit", elle, a pour objet le droit en mouvement, le processus juridique par lequel le droit est créé et appliqué "⁽⁴²⁴⁾. Il y a une antériorité du statique sur le dynamique qui apparaît nettement lorsque

⁴²⁰.H. KELSEN *Théorie pure du droit*, p. 96 DALLOZ 1962

⁴²¹.H. KELSEN *Théorie pure du droit*, p. 258 DALLOZ 1962

⁴²².Ibid. p. 259

⁴²³.Ibid. p. 259

⁴²⁴.Ibid. p. 259

l'auteur affirme qu'il faut " observer que ce processus est lui-même réglé par le droit. Car le droit ... règle lui-même sa propre création et sa propre application "(⁴²⁵).

Ceci explique la place que l'auteur va donner au point de vue statique dans l'analyse de la question de la centralisation - décentralisation.

2) *L'application de la distinction à la centralisation - décentralisation*

Pour H. KELSEN, la centralisation - décentralisation est " à titre primaire un problème de domaine de validité des normes qui forment l'ordre juridique, c'est à dire un problème de statique. Seulement, à titre secondaire s'ajoute à cet élément statique qu'est le domaine de validité spatial des normes, un second élément, un élément dynamique, qui est en lui-même absolument différent et indépendant du premier..."(⁴²⁶).

Ce caractère secondaire du point de vue dynamique ressort de la diversité des éléments qui permettent de le saisir. Alors que le point de vue statique s'appréhende à partir d'un élément unique permettant une discrimination certaine des situations: la validité territoriale des normes; " le point de vue dynamique porte, lui, sur les modes de création des normes qui ont un domaine de validité différent, sur les actes de création de normes, et conséquemment sur les organes qui posent les normes "(⁴²⁷).

Aucun des éléments dynamiques ne semblent avoir ainsi de caractère opératoire pour opérer une discrimination entre des situations observées. En d'autres termes, les éléments dynamiques ne permettent pas seuls de caractériser la centralisation ou la décentralisation.

H. KELSEN établit donc ainsi un véritable primat du point de vue statique, qu'il confirme par la suite en écrivant que la collectivité juridique pourra être " soit centralisée soit décentralisée

⁴²⁵.Ibid. p. 259

⁴²⁶.Ibid. p. 416

⁴²⁷.Ibid. p. 416

(au sens statique) aussi bien s'il n'y existe qu'un seul organe de création des normes que s'il y en existe plusieurs..."⁽⁴²⁸⁾.

Le seul critère opératoire réside donc dans la validité territoriale et le point de vue dynamique est présenté comme étant l'expression du sens commun qui " *associe* à la notion de centralisation de *préférence* la représentation de normes (valables pour le territoire juridique tout entier) posées par un organe unique ... Alors qu'inversement à la notion de décentralisation, on associe l'*image* d'une pluralité d'organes ... dispersés à travers le territoire et dont chacun a compétence seulement pour poser des normes qui ne vaudront que pour une fraction du territoire "⁽⁴²⁹⁾.

B) La critique de Ch. EISENMANN

Ch. EISENMANN vient heurter violemment la théorie de H. KELSEN. La critique porte, on l'a vu, sur l'idée même de validité territoriale des normes. Pour les deux auteurs, la validité des normes réside dans leur caractère obligatoire, mais pour Ch. EISENMANN, ce caractère n'a de sens qu'au regard des hommes et non en considération des choses ⁽⁴³⁰⁾ et ainsi on ne peut parler de validité territoriale.

La critique de Ch. EISENMANN ne s'arrête pas là! Il constate, en effet, que la théorie de H. KELSEN consacrant le primat du critère statique n'est pas applicable à tous les actes, d'une part, et ne permet pas de caractériser toutes les situations, d'autre part. Enfin l'association de ce critère statique avec des éléments dynamiques n'est pas "rationnellement admissible" ⁽⁴³¹⁾.

⁴²⁸.Ibid. p. 416

⁴²⁹.Ibid. p. 416-417; les mots ont été mis en italique par mes soins pour souligner la différence de langage de l'auteur qui, lorsqu'il vise les éléments dynamiques, utilise des termes qui impliquent un certain flou.

⁴³⁰.Ch. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p. 45 & s, DALLOZ 1948

⁴³¹.Ibid. p. 136

1) L'impossible idée de validité territoriale des normes

Pour H. Kelsen la question de la centralisation - décentralisation se ramènerait à un problème de validité territoriale des normes juridiques. Selon lui en effet "le problème d'une division territoriale de cet Etat en Provinces ... apparaît comme un problème particulier relatif au domaine de validité spatiale des normes de l'ordre juridique étatique". Cette question de la validité spatiale représente l'élément statique de la question de la centralisation - décentralisation et "l'unité ou la pluralité des organes créateurs des normes" en représente l'élément dynamique ⁽⁴³²⁾.

Ch. EISENMANN a montré que le problème ne pouvait résider dans la question de la validité territoriale des normes car la qualité de norme n'est pas attachée à un territoire mais au caractère contraignant ou obligatoire de l'acte appelé norme. Il a démontré à partir de la définition même de la norme juridique donnée par H. Kelsen - son caractère obligatoire pour ses destinataires - que l'on ne pouvait parler de validité territoriale dans la mesure où le territoire n'est pas un destinataire de la norme ⁽⁴³³⁾.

Les normes ne sont pas destinées à un territoire mais aux hommes. Ceux-ci peuvent être saisis par la norme à raison d'un lien qu'ils entretiennent avec un territoire et ainsi l'on voit que "l'espace n'intervient que comme lieu des hommes ... le territoire ne faisait qu'exprimer l'aspect spatial de la validité des règles à l'égard des hommes. Et ... soudain on le trouve entité distincte, figurant dans le règlement de la validité à côté des hommes, sur le même plan, au même titre, grandeur indépendante et principale déterminée pour elle-même" ⁽⁴³⁴⁾.

Même en admettant la pertinence de l'idée, la validité territoriale ne saurait constituer notre critère discriminant de la centralisation - décentralisation.

⁴³².H. Kelsen Théorie pure du droit, p. 412 Traduction de la 2^{ème} éd. par Ch. EISENMANN DALLOZ 1962

⁴³³.Ch. EISENMANN Centralisation – décentralisation, p. 42 & s, L.G.D.J. 1948

⁴³⁴.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p. 47. & s, L.G.D.J.1948

2) Le nécessaire rejet du critère statique

Le critère statique n'apparaît pas apte, selon Ch. EISENMANN, à expliquer l'ensemble des situations juridiques.

a) L'inapplicabilité du critère statique aux actes individuels

Ch. EISENMANN constate que la théorie de H. KELSEN implique un raisonnement différent selon que l'on veut déterminer le caractère central ou non central de normes générales ou individuelles.

En admettant la pertinence de l'idée de validité territoriale, on voit bien, ce que recouvriraient des normes centrales ou locales générales - des normes valant pour le territoire entier ou une partie seulement - mais, pour les normes individuelles la validité territoriale n'est pas opératoire pour déterminer le caractère central ou local puisque par définition " ces normes n'ont qu'un seul sujet passif... leur domaine de validité personnel se limite à un seul individu"⁽⁴³⁵⁾.

Dès lors parler de norme individuelle locale ou centrale implique une seule " signification possible: la norme individuelle centrale sera celle qui est exécutoire contre son sujet en tout point du territoire considéré,... sera dite locale au contraire, la norme individuelle qui est exécutoire seulement sur une partie déterminée de ce territoire, dont par conséquent l'exécution suppose que le sujet passif se trouve dans les limites de cette zone..."⁽⁴³⁶⁾.

Il apparaît qu'ainsi les expressions "norme centrale" et "norme locale" ont " un sens différent pour les normes générales et pour les normes individuelles; ... en ce qui concerne ces dernières, la définition de leur caractère central ou local ne repose plus sur le règlement de leur validité, mais sur celui de leur force exécutoire "⁽⁴³⁷⁾.

⁴³⁵.Ch. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p. 116, DALLOZ 1948

⁴³⁶.Ibid. p. 116

⁴³⁷.Ibid. p. 116

Le raisonnement de H. KELSEN impliquerait que toutes les normes individuelles soient centrales car elles sont exécutoires sur l'ensemble du territoire de l'Etat ⁽⁴³⁸⁾, or il écrit strictement le contraire. Pour lui, les normes individuelles sont des normes locales car " elles ne valent que pour une fraction du territoire; ces normes individuelles sont posées par des organes dont la compétence à l'effet de créer des normes est limitée spatialement, à une fraction de territoire "⁽⁴³⁹⁾.

On constate que l'on passe ici d'un déterminant qui est pour les normes générales la validité territoriale à un déterminant pour les normes individuelles qui est la compétence spatiale de l'organe créateur.

Or il n'y a pas équivalence, identité de ces deux déterminants; le premier est une qualité intrinsèque de la norme, l'autre résulte d'un élément extérieur à la norme puisque lié à la procédure de création en ce qu'il a trait à "la détermination de la compétence des agents" ⁽⁴⁴⁰⁾. Il conviendrait alors de démontrer qu'il est assimilable au premier et qu'ainsi les notions d'organe central ou d'organe non central ne sont "que des dérivés des notions de norme centrale et de norme non centrale"⁽⁴⁴¹⁾. Cette démonstration est impossible car elle porte sur deux objets, la validité et la compétence, qui n'appartiennent pas au même champ, au même domaine d'interrogation.

b) L'impossible qualification de toutes les situations par le critère statique

Dans sa redoutable simplicité - les normes valent soit pour un territoire entier, soit pour une partie - la théorie de H. KELSEN ne peut rendre compte de la réalité particulièrement en ne prenant pas " en considération la composition, ni le statut des organes qui les posent: s'agit-il d'organes "locaux" semblables, tous également soumis au pouvoir hiérarchique d'un même organe central? N'est-ce pas un seul et même individu ou un seul et même collège qui poserait les normes de même objet valables pour une fraction de la collectivité? Ces données sont de

⁴³⁸.Ibid. p. 116-117

⁴³⁹.H. KELSEN Théorie pure du droit, p. 413, DALLOZ 1962

⁴⁴⁰.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p. 117, DALLOZ 1948

⁴⁴¹.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p. 134, DALLOZ 1948

l'ordre dynamique; elles n'intéressent ni n'affectent le domaine de validité des normes créées; donc leur caractère: ce sont et restent des "normes locales"⁽⁴⁴²⁾.

Le critère statique n'apparaît pas ainsi opératoire pour distinguer centralisation et décentralisation. Ceci ressort plus nettement encore dans l'hypothèse décrite par Ch. EISENMANN, dans laquelle il convient de déterminer le caractère centralisé ou décentralisé d'une norme selon qu'elle est prise par un agent pour l'ensemble d'un Etat donné ou par ce même agent en autant de fois que l'Etat comprend de collectivités humaines partielles. Dans le premier cas, l'on voit bien une hypothèse de centralisation mais dans le second cas, le critère statique n'est d'aucune utilité ⁽⁴⁴³⁾.

H. Kelsen considère que dans le second cas on est en présence d'une décentralisation ⁽⁴⁴⁴⁾. Ch. EISENMANN conteste l'affirmation de H. Kelsen qui n'est vérifiable que s'il n'existe pas de lien juridique entre les collectivités autre que la présence fortuite, à un moment donné, d'un même agent pour exercer sur ces collectivités la même fonction normative ⁽⁴⁴⁵⁾.

En effet si l'identité d'agent résulte d'une norme supérieure, le critère statique ne permettra pas de dire s'il y a centralisation ou décentralisation. Par contre cette identité résultant de la norme supérieure exprime la centralisation de la fonction normative exercée par l'organe commun des collectivités.

Le régime législatif des départements d'outre-mer en France rend compte de cette problématique. En effet depuis la IV^{ème} République, la loi est applicable dans ces départements sauf "exceptions déterminées par la loi"⁽⁴⁴⁶⁾ ou "mesures d'adaptation nécessitées par leur situation"⁽⁴⁴⁷⁾. Si l'on suivait H. Kelsen, le législateur qui tiendrait

⁴⁴².Ibid. p. 114

⁴⁴³.Ibid. p. 120

⁴⁴⁴.H. Kelsen cité par Ch. EISENMANN dans Centralisation - Décentralisation, p. 122, DALLOZ 1948

⁴⁴⁵.Ch. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p. 125 & s

⁴⁴⁶.Art.73 Constitution française du 27/10/1946

⁴⁴⁷.Art.73 Constitution française du 4/10/1958

compte de la spécificité de ces collectivités en prenant des textes particuliers devrait être considéré comme un organe "non central ", puisque la loi votée ne vaudrait que pour ces collectivités. Cette proposition est irrecevable puisque le législateur a une compétence personnelle illimitée, ce qui ne l'empêche pas de statuer pour des personnes territorialement déterminées. Le régime législatif de ces départements le montre puisqu'il met en œuvre " le principe d'assimilation signifiant que le droit applicable en métropole l'est également dans les départements d'outre-mer "(⁴⁴⁸).

Ch. EISENMANN en arrive à la conclusion que pour H. KELSEN "c'est du nombre d'actes à accomplir par l'agent pour créer des normes" que dépend "le jugement du caractère central ou non central du pouvoir et de l'organe qui l'exerce"(⁴⁴⁹).

Ce faisant H. KELSEN glisse dans une analyse dynamique pour considérer non plus la validité territoriale des normes mais le nombre d'organes qui participent à la fonction normative. Ainsi " La centralisation entendue au sens dynamique, atteint son degré le plus élevé lorsque toutes les fonctions doivent être remplies par un seul et même organe ... La décentralisation entendue au sens dynamique, atteint son degré le plus élevé lorsque toutes les fonctions peuvent être remplies indistinctement par tous les sujets de l'ordre juridique (⁴⁵⁰).

Ch. EISENMANN condamne cette " double théorie de la centralisation et de la décentralisation " dans la mesure où ainsi qu'il l'a montré à propos de la décentralisation par services, le nombre d'organes n'est pas en soi lié à la décentralisation. Par ailleurs elle " n'est rationnellement pas admissible " puisque H. KELSEN affirme tout à la fois le caractère fondamentalement distinct et indépendant des deux approches et il les intègre dans "le cadre d'une même théorie, les soude l'une à l'autre comme deux parties complémentaires de cette théorie, comme ses deux volets"(⁴⁵¹).

⁴⁴⁸.J. ZILLER Les DOM-TOM, p. 43, Coll. Systèmes, L.G.D.J. 1991

⁴⁴⁹.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p. 130

⁴⁵⁰.H. KELSEN Théorie pure du droit, p. 417, DALLOZ 1962

⁴⁵¹.Ch. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p. 136, DALLOZ 1948

L'auteur de la théorie pure du droit n'est pas le seul à être critiqué pour sa présentation de la question de la centralisation - décentralisation, les tenants du "matérialisme"⁽⁴⁵²⁾ recevront les critiques de Ch. EISENMANN.

II) L'approche "matérialiste"

Ch. EISENMANN construit son analyse, en éliminant la thèse de H. KELSEN relative à la validité territoriale des normes mais aussi la thèse de la compétence matérielle des organes.

A) L'absence de pertinence du critère matériel au regard de l'objet des normes

Dans son ouvrage sur la centralisation, Ch. EISENMANN critiquera le rattachement de la question à la compétence matérielle des organes; c'est à dire à " la détermination des matières sur lesquelles les normes pourront porter "⁽⁴⁵³⁾.

Cette théorie exprime selon EISENMANN ⁽⁴⁵⁴⁾ une conception objectiviste ou impersonnaliste des normes juridiques, en ceci qu'elles se proposent " de régler des faits, actes, rapports, matières ou situations " ⁽⁴⁵⁵⁾... De telles formules signifient que l'on centre la réglementation juridique sur des données de caractère objectif, entendons: impersonnelles. Tout s'ordonne autour d'elles: les personnes elles-mêmes - auteurs des actes, sujets des rapports ou des situations - n'apparaissent plus que comme un élément de ces actes ou rapports, un des traits qui les définissent, on pourrait dire: une de leurs propriétés... Par suite sur le plan de la compétence, tous les éléments qui concourent à définir le fond possible des normes apparaîtront eux aussi d'ordre objectif " ⁽⁴⁵⁶⁾.

⁴⁵².Ibid. p. 54

⁴⁵³.Ch. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p. 55 L.G.D.J.1948

⁴⁵⁴.Ibid. p. 54

⁴⁵⁵.Ibid. p. 56

⁴⁵⁶.Ibid. p. 56

Ch. EISENMANN condamne cette vision qui s'attachant aux choses, délaisse les hommes qui sont les uniques destinataires de la règle juridique ⁽⁴⁵⁷⁾.

Par ailleurs, on le verra, le critère matériel ne peut être discriminant. L'affirmation n'est pas nouvelle, puisque J. CHAPUISAT a attesté la vanité de la recherche du critère de l'affaire locale ⁽⁴⁵⁸⁾ et J.M. PONTIER a démontré le caractère non opératoire de la notion de compétence et l'impossible définition a priori de la compétence matérielle des collectivités territoriales ⁽⁴⁵⁹⁾ ou de l'Etat.

B) l'absence de pertinence au fond du critère matériel

Si l'on s'en tenait à ce qu'écrivait H. KELSEN, la chose serait entendue. En effet selon lui, " il n'existe pas de conduite humaine qui serait exclue comme telle, en raison de son fond, de la possibilité de devenir le contenu d'une norme juridique ... La norme fondamentale d'un ordre juridique n'est pas une norme matérielle qui serait supposée comme norme fondamentale parce que son contenu serait considéré comme immédiatement évident ..." ⁽⁴⁶⁰⁾.

J'ai repris cette thèse en première partie ⁽⁴⁶¹⁾ en montrant, que l'idée d'un critère matériel permettant de distinguer à partir de la norme seconde, les hypothèses de centralisation et de décentralisation, suppose que la norme première soit elle-même matériellement déterminée; sinon le critère matériel distinguerait simplement les organes centraux et non centraux sans permettre de savoir qui produit des normes premières ou secondes.

Il convient de revenir ici sur cet aspect de la question: d'une part parce que cette affirmation de l'éminent juriste fondée sur l'idée que les "ordres juridiques ont pour l'essentiel un caractère

⁴⁵⁷.Ibid. p. 57

⁴⁵⁸.J. CHAPUISAT La notion d'affaires locales en droit français, Thèse Paris 1972; cf. aussi Les affaires communales A.J.D.A.1976 p. 470

⁴⁵⁹.J.M. PONTIER L'Etat et les collectivités, la répartition des compétences, p. 29 & s, Bibliothèque de droit public L.G.D.J. 1978

⁴⁶⁰.H. KELSEN Théorie pure du droit, p. 262, DALLOZ 1962

⁴⁶¹.supra 1ère partie, Chap. I, Sect. II, I, A, b2

dynamique" (⁴⁶²) contredit une autre de ses assertions selon laquelle "le processus juridique par lequel le droit est créé ... est lui-même réglé par le droit"(⁴⁶³), impliquant ainsi une primauté du statique sur le dynamique (⁴⁶⁴); d'autre part parce que cela met en cause la notion d'ordre juridique retenue ici.

En effet le système juridique tel que l'entend M. TROPER, est un système de justification vertical qui se subdivise en un système statique et un système dynamique. "Dans le système statique, chaque énoncé se donne comme obligatoire ... lorsque son auteur le justifie en affirmant que son contenu est déduit d'un autre énoncé. Dans le système dynamique, chaque énoncé se donne comme obligatoire ... lorsque son auteur le justifie en affirmant qu'il a été accompli conformément à la procédure prescrite"(⁴⁶⁵).

Sur le fondement de l'assertion de H. KELSEN, aucune matière ne saurait être exclue en raison de son fond du champ de la question de la centralisation - décentralisation et ainsi l'élément matériel ne peut être le critère de la distinction. Mais, sur le fondement de la définition retenue de l'ordre juridique, la question de la centralisation - décentralisation étant liée à l'organisation du pouvoir normatif, à la production des normes, la matière peut-être un élément de cette organisation. Cependant on peut considérer que "les notions de caractère matériel ... ont un caractère subsidiaire"(⁴⁶⁶), ainsi l'aspect matériel ne saurait être écarté du règlement de la distinction mais il ne serait pas l'élément de la distinction.

Constatant que ni les critères territorialistes, ni les critères matérialistes ne permettraient de fonder une théorie de la centralisation - décentralisation, Ch. EISENMANN va proposer le critère de la compétence personnelle discrétionnaire pour distinguer les situations. Ce critère s'avérera lui aussi critiquable tout en conservant une certaine pertinence.

⁴⁶².Ibid. p. 261

⁴⁶³.Ibid. p. 96

⁴⁶⁴.H. KELSEN écrivait: " l'on peut s'attacher à connaître soit les normes qui sont créées par des actes humains ..., soit les actes de création ou d'application ...; à la première option correspondra une théorie statique du droit, à la seconde une théorie dynamique du droit ... " p. 96

⁴⁶⁵.M. TROPER *Système juridique et Etat*, p. 41, tome 31, Archives de philosophie du droit, SIREY 1986

⁴⁶⁶.G. VEDEL *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, E.D.C.E. 1954, p. 27

SOUS-CHAPITRE II) Les données d'une définition de la centralisation - décentralisation

" Nul ne contestera, qu'entre l'idée de centralisation et celle d'organe central, il n'y ait une corrélation naturelle très étroite, comme symétriquement entre l'idée de décentralisation et celle d'organe non central ..."(⁴⁶⁷).

Ch. EISENMANN effectue la distinction entre organes à l'aide de la compétence personnelle, notion à laquelle il convient d'adjoindre selon lui, le caractère discrétionnaire de celle-ci.

SECTION I) La distinction des organes centraux et non centraux

La question de la décentralisation ne se posant qu'au niveau de la norme seconde, ce sera donc la norme première qui établira en principe les organes et les distinguera à cet égard, en leur attribuant une compétence personnelle limitée.

I) le critère de la compétence personnelle des organes

Selon Ch. EISENMANN, ce critère exclut de la problématique, la décentralisation par services. Il semble que l'auteur se soit doublement contredit pour poser cette exclusion.

A) La thèse de Ch. EISENMANN

Le critère de cette unité ou division de la collectivité et donc de la centralisation ou décentralisation serait selon Ch. EISENMANN la compétence personnelle des organes, c'est à dire la compétence pour agir à l'égard de tous ou seulement à l'égard de certains membres de la collectivité, permettant de distinguer ainsi les organes centraux compétents à l'égard de tous les membres de la collectivité et les organes non centraux compétents pour une fraction seulement des membres de la collectivité (⁴⁶⁸).

⁴⁶⁷.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p. 8, L.G.D.J. 1948

⁴⁶⁸.Ibid. p. 8 & s

Ce critère posé pour distinguer les collectivités centralisées ou décentralisées ne fait que reprendre l'idée essentielle selon laquelle les hommes sont les uniques destinataires des normes.

Il faut constater que pour l'auteur cette organisation de l'Etat par application du critère de la compétence personnelle ne débouchera pas sur une position exclusivement territoriale du problème de la centralisation - décentralisation. Selon lui " il en existera autant que de principes de division possibles, c'est à dire de caractères auxquels le législateur peut s'attacher pour constituer les membres de la collectivité en plusieurs groupes distincts relevant chacun d'un organe autre,..."⁽⁴⁶⁹⁾.

A partir de critères tirés du droit international privé et de la procédure civile, il propose de regrouper les différentes hypothèses en considérant que l'activité normative peut être appréhendée soit à partir d'"une qualité que l'on peut dire personnelle, parce qu'elle est indépendante de toute relation extérieure contingente et particulière où les sujets peuvent se trouver engagés " (race, religion, nationalité...), soit à partir d'une qualité prenant en considération " une relation extérieure et contingente, en fait il s'agira d'une relation d'ordre territorial..."⁽⁴⁷⁰⁾ (Par ex. domicile, utilisation ou possession de biens...).

Il en tire la conclusion que les organes ayant à régler la situation des hommes pourront avoir une compétence personnelle visant les qualités personnelles des individus (compétence *ratione personae*) ou visant leur relation avec un territoire (compétence *ratione loci*).

La détermination de la compétence personnelle d'un organe se fera à partir de l'une des deux qualités des destinataires des normes ou des deux.

Il en déduit deux types fondamentaux du couple centralisation - décentralisation: la centralisation - décentralisation personnelle et la centralisation - décentralisation territoriale.

⁴⁶⁹. Ibid. p. 201

⁴⁷⁰. Ibid. p. 202, cf. aussi du même auteur Les fonctions des circonscriptions territoriales dans l'organisation de l'administration, Mélanges M. WALINE, p. 415, L.G.D.J. 1974

Grâce à cette approche Ch. EISENMANN distingue la décentralisation de la décentralisation par services mais, nous semble-t-il, de façon non conforme à son analyse.

B) La compétence personnelle n'exclut pas la décentralisation par services du champ d'observation

Le raisonnement de Ch. EISENMANN est curieux car il se réfère à un critère matériel, qu'il bannissait du raisonnement, et il abandonne, alors, la compétence personnelle pour définir les organes centraux et non centraux.

1) La décentralisation par services, hypothèse de décentralisation personnelle " ratione personae "

La décentralisation par services constitue une hypothèse où selon l'auteur n'existent que des organes centraux ou centralisés.

a) la notion de décentralisation par services.

" C'est essentiellement à propos des rapports entre Etat et collectivités locales que s'est formée la notion de décentralisation. Mais les mêmes procédés juridiques, ... ont été utilisés pour mettre en échec la centralisation ... Certains services, nettement individualisés par leur objet ou leur structure, sont mis en quelque sorte hors de la hiérarchie, dotés de la personnalité juridique, d'un patrimoine et d'organes chargés de diriger leur action; ces organes bénéficient d'une certaine autonomie, l'autorité supérieure n'exerce plus sur eux qu'un contrôle analogue à celui qu'elle conserve sur les collectivités. Normalement, ils reçoivent le statut d'établissement public. A cette méthode, on donne en général le nom de décentralisation par services, pour tout à la fois la rapprocher et la distinguer de la décentralisation territoriale "⁽⁴⁷¹⁾.

Cette longue citation non seulement permet la présentation de la notion mais aussi et surtout de faire apparaître ce qui peut conduire à l'assimilation avec les collectivités territoriales et à la distinction d'avec celles-ci.

⁴⁷¹.J. RIVERO Droit administratif, p. 282, DALLOZ 3ème éd.1965

La décentralisation par services est une technique d'aménagement de l'Etat - collectivité ⁽⁴⁷²⁾ qui s'effectue notamment par le recours à l'établissement public qui est pour certains " une personne décentralisée " ⁽⁴⁷³⁾. La technique de l'établissement public n'est pas exclusive car " la gestion d'un service public peut être confiée à des personnes morales "inclassables"(ordres professionnels) ou à des personnes privées " ⁽⁴⁷⁴⁾.

Ch. EISENMANN va bannir la décentralisation par services de la question de la centralisation - décentralisation, en raisonnant comme s'il n'avait pas posé les différentes hypothèses de compétence personnelle susceptibles de déterminer les types d'organisation du pouvoir normatif.

b) Le raisonnement contradictoire de Ch. EISENMANN

Pour Ch. EISENMANN la décentralisation par services doit être exclue du débat relatif à la centralisation - décentralisation, parce que la prétendue décentralisation par services n'affecte pas le caractère central ou non central des organes dans la mesure où il est indifférent que le titulaire du pouvoir de direction soit tel ou tel car ce qui importe c'est la compétence personnelle de l'organe, c'est à dire l'étendue des personnes qu'il touche.

Dès lors, la prétendue décentralisation par services se distingue de la décentralisation territoriale dans la mesure où cette dernière implique une compétence personnelle différente des organes pour une compétence matérielle identique alors que pour la première l'on a une pluralité d'organes à compétence matérielle distincte ⁽⁴⁷⁵⁾.

Cependant le raisonnement de l'auteur ne peut être reçu. En effet alors qu'il considère généralement que le critère matériel ne peut être l'élément discriminant; c'est celui qu'il utilise

⁴⁷².F.P. BENOIT Le droit administratif français, p. 203, DALLOZ 1968

⁴⁷³.M. WALINE Droit administratif, p. 360, SIREY 1959

⁴⁷⁴.M. BOURJOL Droit administratif, p. 106, tome 1, MASSON 1972

⁴⁷⁵.Ch. EISENMANN. Centralisation - décentralisation, p. 29, DALLOZ 1948

pour qualifier la décentralisation par services. Ce n'est qu'à ce prix qu'il peut rejeter la décentralisation par services de la question de la centralisation - décentralisation.

Or toute décentralisation par services repose sur la distinction d'une qualité "non territoriale" des destinataires de l'activité, c'est à dire d'une qualité déterminée "ratione personae", "d'une qualité permanente des sujets eux-mêmes" ⁽⁴⁷⁶⁾. Ainsi l'individualisation d'organes tels que E.D.F.-G.D.F., la S.N.C.F., les caisses nationales de sécurité sociale, les fédérations nationales de sport, les Universités repose sur la "qualité permanente" d'abonné du gaz et de l'électricité, d'usager du chemin de fer, d'assuré social, de licencié sportif et d'étudiant ⁽⁴⁷⁷⁾.

C'est donc contrairement à sa thèse de la compétence personnelle des organes qu'il excluait la décentralisation par services alors que celle-ci traduit nécessairement une compétence personnelle déterminée "ratione personae" ⁽⁴⁷⁸⁾.

Cette exclusion s'explique par le fait que la décentralisation par services ne modifie pas selon lui le caractère central des organes.

⁴⁷⁶.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p. 202, DALLOZ, 1948

⁴⁷⁷.concernant l'Université, cf. M. BOUISSOU Les usagers de l'enseignement supérieur (Essai monographique sur la genèse et la signification des catégories juridiques) p. 687, R.D.P. 1988

⁴⁷⁸.J.P. DUBOIS constate aussi cette curiosité du raisonnement de Ch. EISENMANN dans Le contrôle administratif sur les établissements publics, L.G.D.J. 1982, p. 28

2) La décentralisation par services n'est pas mise en œuvre par des organes centraux

Le propos de Ch. EISENMANN ne s'intègre pas à la réalité parce qu'il repose sur un raisonnement contestable au regard de sa propre analyse.

a) La thèse de Ch. EISENMANN se heurte à la réalité

La décentralisation par services se présente comme un aménagement de l'Etat qui " relève de l'art administratif " écrit F.P. BENOIT ⁽⁴⁷⁹⁾.

Si la décentralisation par services repose sur la détermination d'une compétence personnelle définie " ratione personae", l'organe ainsi créé pour la gestion de l'activité peut être, au sens de Ch. EISENMANN, un organe non central.

Or l'auteur rejette cette éventualité car " ce qui caractérise les services d'Etat, c'est que uniques pour l'Etat tout entier, ils ont à leur tête un organe central. Qu'importe que cet organe soit un ministre ou non, un homme politique ou un technicien, ... Et voilà pourquoi le passage de l'un à l'autre ne produit aucune mutation dans le caractère du service: il est et reste d'Etat, parce qu'il est et reste un *pour* l'Etat " ⁽⁴⁸⁰⁾.

Le raisonnement de l'auteur apparaît indiscutable. En effet par quel mystérieux moyen une compétence, qui hier fondue dans la masse était détenue par un organe central, serait par son individualisation, sa sortie de la masse exercée par un organe non central.

Ceci aurait une conséquence fondamentale. L'individualisation du service, sa sortie hors hiérarchie s'effectuant à partir de l'attribution à un organe d'une compétence personnelle limitée déterminée "ratione personae", ceci signifierait que cette compétence personnelle déterminée " ratione personae " ne permet pas de discriminer les organes centraux ou non centraux.

⁴⁷⁹.F.P. BENOIT Le droit administratif français, p. 203, DALLOZ 1968

⁴⁸⁰.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p. 25, DALLOZ 1948

Dès lors seule la compétence personnelle déterminée territorialement permettrait de discriminer les organes centraux et non centraux.

Cependant la réalité de ce que recouvre la décentralisation par services, n'autorise pas cette conclusion. En effet dans son cadre, il peut y avoir des organes à compétence personnelle limitée "territorialement"; c'est à dire que l'organe en cause aurait non seulement une compétence *ratione personae* mais aussi *ratione loci*.

Ainsi par exemple, et sous la réserve d'admettre pour l'instant que le caractère discrétionnaire est indifférent; les conseils départementaux de l'ordre des médecins ⁽⁴⁸¹⁾, les caisses régionales et locales de sécurité sociale ⁽⁴⁸²⁾, les chambres départementales d'agriculture ⁽⁴⁸³⁾ ... sont des organes à compétence personnelle limitée *ratione personae* et *ratione loci*. Or les organes nationaux de ces organismes seraient selon Ch. EISENMANN des organes centraux du fait de leur naissance par scissiparité d'avec l'administration de l'Etat. En d'autres termes, la maison "mère" ne serait pas organe non central mais ses "filiales" pourraient l'être.

Ce raisonnement laisse de côté un pan entier de l'organisation administrative ⁽⁴⁸⁴⁾ en refusant d'appliquer le critère de la compétence *ratione personae* à cette hypothèse d'organisation du pouvoir normatif.

b) La thèse de Ch. EISENMANN s'écarte de sa théorie de la compétence personnelle

Pour rejeter l'idée que la décentralisation par services relève de la décentralisation, Ch. EISENMANN est contraint d'abandonner sa théorie de la compétence personnelle des organes.

⁴⁸¹.Art. 91 Code de déontologie médicale dans Guide d'exercice professionnel, Masson 1980

⁴⁸².cf. Jurisclasseur Sécurité Sociale Fasc. 608 & 610

⁴⁸³.Art. L.511.1 & s Code rural et J.AUDIER Droit rural, p 19 & s, Ed. C.F.P.C. 1985

⁴⁸⁴.pour un aperçu de l'importance de la décentralisation par services dans le cadre de la procédure de l'établissement public, cf. F. GAZIER Etude sur les établissements publics, E.D.C.E. 1984-85, p. 13. La formule de l'établissement public ne résume pas le procédé qui peut être mis en œuvre par des personnes privées (organismes de sécurité sociale par ex.).

Ceci ressort nettement du raisonnement syllogistique qu'il mène dans lequel la "majeure" affirme que les services d'Etat sont gérés par des organes centraux, la "mineure" reconnaît que le "service décentralisé" est un service d'Etat, et en conséquence il est géré par un organe central (⁴⁸⁵). J.P. DUBOIS constate que " c'est confondre "d'Etat" et "national" (⁴⁸⁶).

Il y a ici une substitution du matériel au formel qui va à l'encontre du raisonnement de l'auteur (⁴⁸⁷) et qui conduit à la mise à l'écart de la décentralisation par services.

C'est ce changement de perspective qui fonde le rejet de la décentralisation par services de la problématique, alors que la compétence personnelle déterminée *ratione personae* ou *ratione loci* apparaît effectivement comme le critère discriminant des organes centraux et non centraux utilisé par la norme première pour répartir les facultés et organiser ainsi la production de la norme seconde.

II) La distinction des organes est effectuée par la norme première

La centralisation - décentralisation est une question propre que se pose le titulaire de la norme première, cependant il peut arriver que le titulaire de la norme seconde puisse se la poser et organiser lui-même une réponse. Dans tous les cas, il ressort que le but poursuivi est de diffuser le pouvoir.

A) La diffusion du pouvoir, enjeu de la centralisation - décentralisation

Cette diffusion du pouvoir se marquera par l'attribution d'une faculté de statuer à des organes non centraux, fréquemment mais non exclusivement, sur une base territoriale réduite, dans le but d'associer les destinataires des normes à la mise en place des éléments de leur subordination au droit.

⁴⁸⁵.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p. 25, Dalloz 1948

⁴⁸⁶.J.P. DUBOIS Le contrôle administratif sur les établissements publics, p. 28, L.G.D.J. 1982

⁴⁸⁷.Pour rester dans son cadre, l'auteur devrait affirmer que tout organe central dispose d'une compétence illimitée, l'organe gestionnaire du service décentralisé ne dispose pas d'une telle compétence, il n'est donc pas au sens de Ch. EISENMANN un organe central mais non central.

1) Un enjeu clairement perceptible en matière de décentralisation territoriale

Au plan historique d'abord, on s'aperçoit qu'en France, la question a toujours été appréhendée dans les constitutions ⁽⁴⁸⁸⁾. Ceci implique à des degrés plus ou moins importants sa liaison avec l'organisation du pouvoir normatif, qui apparaît dans l'association des collectivités territoriales aux modalités de la représentation ou d'expression du souverain.

Les révolutionnaires de 1789 instituèrent le département non seulement échelon administratif mais aussi "circonscription électorale en vue de la désignation de la représentation nationale"⁽⁴⁸⁹⁾. Aujourd'hui l'article 24 de la constitution réitère cette association des collectivités à la représentation en en faisant le corps électoral du Sénat ⁽⁴⁹⁰⁾.

Ainsi A. LANZA peut affirmer, à juste titre, que les collectivités " jouent dans l'Etat un rôle politique de plus en plus important qui les fait participer directement au fonctionnement du système constitutionnel. Elles conservent de fait une valeur constitutionnelle par la seule mention qui en est faite dans les constitutions et alors même que les textes constitutionnels donnent au législateur ordinaire compétence pour modifier leur statut, leur étendue géographique et le régime d'administration locale "⁽⁴⁹¹⁾.

Ce lien constitutionnel, ce caractère politique réaffirmé par le Conseil Constitutionnel ⁽⁴⁹²⁾ s'explique par le rôle des collectivités dans la diffusion territoriale du pouvoir ⁽⁴⁹³⁾.

⁴⁸⁸.A. LANZA L'expression constitutionnelle de l'Administration française, p. 425 & s L.G.D.J. 1984

⁴⁸⁹.F. BURDEAU Liberté, libertés locales chéries, p. 40 & s, CUJAS 1983; A. LANZA L'expression constitutionnelle française, p. 435 & s, L.G.D.J. 1984

⁴⁹⁰.J.A. MAZERES Les collectivités locales et la représentation, R.D.P. 1990, p. 607

⁴⁹¹.A. LANZA L'expression constitutionnelle de l'administration française, p. 534 L.G.D.J. 1984

⁴⁹².C.C. décision 82-146 D.C. du 18 Novembre 1982 sur la loi électorale municipale

⁴⁹³.J. CHEVALLIER & D. LOSCHAK montrent que " par la localisation, l'appareil d'Etat s'assure le contrôle de l'espace social et des contradictions qui y sont inscrites;...La production du local est donc un processus complexe: d'une part elle est liée à la projection des contradictions sociales dans l'espace, qui lui donnent son fondement social; d'autre part, elle est liée à la fonction propre qui est assignée à l'appareil d'Etat dans la société. Dans tous les cas, elle ne saurait être envisagée indépendamment du système de régulation étatique, dont elle constitue un des moyens d'exercice. Par là, le "local" se révèle inséparable du "national"".Science administrative, tome 1, p. 319 L.G.D.J. 1978

Dès la révolution de 1789 la réforme de l'administration territoriale a eu pour effet d'appeler " toute une population d'élus, inscrits dans une hiérarchie, à l'expédition des affaires nationales "(⁴⁹⁴). Ceci apparaît dans de nombreuses interventions de représentants dans les assemblées révolutionnaires (⁴⁹⁵).

Par ailleurs ces collectivités ont eu et conservent un "rôle de substitut du pouvoir politique lorsque celui-ci vient à s'affaiblir ou à être contesté au point de sembler inexistant"(⁴⁹⁶). Ceci apparaît aujourd'hui dans la loi du 15 Février 1872 relative au rôle éventuel des conseils généraux dans des circonstances exceptionnelles (⁴⁹⁷).

Enfin cette idée fondamentale d'association à l'exercice du pouvoir par sa diffusion en tout point du territoire est inscrite dans le code des communes.

L'article L 122-23 de ce code qui charge le Maire de l'exécution des lois et règlements, des mesures de sûreté générale et des fonctions que les lois lui auraient conférées, fait de cette autorité le bras séculier du pouvoir législatif comme du pouvoir réglementaire, on le qualifie alors d'agent de l'Etat. Mais cela dépasse la seule personne du Maire puisque la collectivité communale est appelée par ses hommes et ses moyens financiers à permettre, à faciliter cette action du Maire.

Ce qu'on appelle le dédoublement fonctionnel à propos des collectivités locales et qui s'exprimait hier (avant 1982) dans toutes les collectivités puisque l'exécutif départemental et régional était le préfet de département et de région, participe de cette idée de diffusion du pouvoir.

⁴⁹⁴.F. BURDEAU Histoire de l'Administration française, p. 56 MONTCHRESTIEN 1989

⁴⁹⁵.par ex. M. DE VOLNEY: "Nous avons, à la vérité, l'autorité de l'opinion; mais cette puissance n'est que morale. Nous ne pouvons faire exécuter nos décrets que par le secours des municipalités; ..." Gazette nationale du 15 au 17 Août 1789, p 337 Tome 1, Réédition du Moniteur universel, PLON 1860; THOURET évoque les communes comme les dernières unités " dans l'ordre du pouvoir exécutif qui descend et finit à elles ", p. 531, Tome 1, Réédition du Moniteur universel, PLON 1860

⁴⁹⁶.A. LANZA L'expression constitutionnelle de l'Administration française, p. 431 L.G.D.J. 1984

⁴⁹⁷.Loi 15 Février 1872 D.P. 1872.4.39 ou Code Administratif 1990 p. 337 & s

Enfin le fait qu'à chaque collectivité territoriale corresponde une circonscription administrative de l'Etat illustre encore cette volonté d'emprise du pouvoir législatif ou réglementaire sur l'ensemble du territoire.

En conséquence le territoire a été à l'origine, l'élément fondamental du complexe centralisation - décentralisation comme en rendent finalement compte les termes mêmes qui évoquent une situation physique centre - excentricité à laquelle ne renvoie pas expressément l'idée de centralisation - décentralisation liée à des qualités personnelles des individus.

La décentralisation définie "*ratione personae*" participe aussi à cette idée de diffusion du pouvoir dans le souci encore, d'une adhésion des destinataires au fond des normes en raison de leur origine formelle.

2) La décentralisation "*ratione personae*" expression de la "*participation*"

Le développement des interventions de l'Etat dans toutes les sphères de la vie sociale a contraint ce dernier dans un souci d'efficacité à rationaliser sa démarche.

Ceci se manifestera notamment par la volonté d'expliquer aux destinataires des normes " les raisons des décisions prises, voire même de leur donner un droit de regard sur ces décisions " ⁽⁴⁹⁸⁾.

Un des moyens utilisés pour mettre en œuvre cette idée de participation a consisté en un "éclatement des structures"⁽⁴⁹⁹⁾ administratives dans le but d'une meilleure diffusion du pouvoir en ne se fondant plus exclusivement sur une approche territoriale de la question. L'aspect fonctionnel, reposant, on l'a vu, sur une individualisation "*ratione personae*" des destinataires du service et des normes, devient ainsi un élément de l'organisation administrative. Ceci, allant à l'encontre de l'idéologie de 1789 qui avait conduit à la

⁴⁹⁸.J. CHEVALLIER & D. LOSCHAK Science administrative, p. 104, tome 2, L.G.D.J. 1978

⁴⁹⁹.Ibid. p 111

suppression des corporations et affirmé que la loi était la même pour tous, explique la relative lenteur du phénomène en France (⁵⁰⁰).

L'établissement public a été un des moyens privilégiés de la mise en œuvre de la participation (⁵⁰¹) mais il ne la résume pas puisque le phénomène associatif (⁵⁰²) ou les sociétés jouent aussi un rôle non négligeable en la matière (⁵⁰³).

Cette technique est apparue comme une avancée démocratique, mais aussi comme une atteinte à la démocratie (⁵⁰⁴). En effet " loin de viser à faire disparaître les relations anciennes d'autorité, la participation est destinée à assurer un meilleur contrôle du système par le développement des capacités régulatrices de l'appareil d'Etat; sous couvert de démocratie, la participation aboutit en fait à étendre le pouvoir de l'appareil d'Etat " (⁵⁰⁵).

Ainsi constatant que les personnes publiques participatives sont dépendantes financièrement de l'Etat, G.ORSONI écrit que "l'autonomie affirmée des personnes publiques ne saurait empêcher l'Etat de se mêler étroitement de leur gestion. ... le caractère de personne publique

⁵⁰⁰. Pour un aperçu du phénomène hors de France, J. CHEVALLIER & D. LOSCHAK *Science administrative*, p. 113, tome 2; L.G.D.J. 1978

⁵⁰¹. cf. G.ORSONI *Les personnes publiques participatives non territoriales*, R.D.P. 1979, p. 87;

⁵⁰². cf. *Les associations et la vie administrative* A.J.D.A. 1980, p 115 & s, J. CHEVALLIER *Les associations entre public et privé*, R.D.P. 1981, p. 887 et F. SABIANI *L'habilitation des personnes privées à gérer un service public*, A.J.D.A. 1977 p. 4

⁵⁰³. Il suffit pour s'en convaincre de se rappeler qu'un grand nombre d'arrêts importants de la jurisprudence administrative repose sur cette réalité: à titre d'ex. cf. au G.A.J.A C.E.20/12/1935 *Ets.Vézia*, C.E.13/5/1938 *Caisse primaire Aide et protection*; les arrêts *Magnier* C.E. 13/1/1961, R.D.P. 61 p. 155 ou .CE. 22/11/1974 *Fédération des industries françaises d'articles de sport* R.D.P. 1975 p. 1159 ...

⁵⁰⁴. Ainsi L. SFEZ écrit: " ... la démocratie représentative, en associant davantage les bénéficiaires et les "concernés", tend à accroître l'intégration et à accélérer la fin d'une certaine démocratie de la contestation chère à Alain et ... à Mai 68." *L'administration prospective*, p. 170, Coll. A.COLIN, 1970

⁵⁰⁵. J. CHEVALLIER & D. LOSCHAK *Science administrative*, p. 365 tome 1, L.G.D.J. 1978, cf. aussi J.P. DUBOIS qui au terme de son étude notait qu'une évolution vers plus d'autonomie était " conditionnée par la fourniture préalable d'une réponse claire à l'interrogation sur les raisons d'être de l'institution "établissements publics". ... organismes représentatifs de groupes humains ... (ou) instruments du pouvoir central ... " *Le contrôle administratif sur les établissements publics*, p. 474, L.G.D.J. 1982

participative ne peut que très difficilement s'opposer à la règle que la direction ou le contrôle soit la conséquence du financement"⁵⁰⁶).

Cette décentralisation "ratione personae" a pu être combinée avec la décentralisation "ratione loci" aboutissant ainsi à l'établissement d'"un principe de coresponsabilité généralisée des divers niveaux territoriaux pour mettre en œuvre des politiques d'amplitude nationale, dans l'ordre économique et social "⁵⁰⁷.

Le but recherché semble bien être en toute hypothèse, l'adhésion des destinataires des normes à leur fond; adhésion qui se trouve facilitée par la légitimité conférée aux organes par la norme première qui les établit.

B) La désignation des organes centraux et non centraux

La désignation des organes s'effectue en distinguant leur faculté. La désignation par la norme première ne fait pas problème, à l'inverse de celle effectuée par l'organe titulaire de la faculté de statuer "seconde".

1) L'application de la compétence personnelle aux facultés

Les facultés de statuer et d'empêcher se traduisant par des actes juridiques, il est possible de leur appliquer le critère de la compétence personnelle pour déterminer les organes centraux et non centraux détenant chacune d'elles.

Cependant la distinction n'est pas si aisée. Ainsi, lorsqu'un ministre approuve l'emprunt que veut effectuer une collectivité sur le marché extérieur (art. L.236-7 du code des communes),

⁵⁰⁶G. ORSONI Les personnes publiques participatives non territoriales, p. 148, R.D.P. 1979. J. CHEVALLIER écrit: " ce n'est pas parce que l'administration se coule dans le moule associatif qu'elle glisse pour autant hors de la sphère publique et se dilue dans la société civile: la privatisation ainsi opérée n'est en réalité qu'un artifice de gestion, ... Par delà le particularisme de leur statut, les associations de ce type participent en fait à l'action administrative et se situent du côté du public: le cadre juridique de l'association ne suffit pas à garantir une réelle autonomie vis à vis de la hiérarchie administrative; à partir du moment où l'administration par agrément ou par convention, délègue certaines de ses responsabilités à une association et lui octroie certains privilèges d'ordre juridique ou financier, elle s'assure un droit de regard sur l'activité de l'association, qui place celle-ci sous sa dépendance immédiate ". J. CHEVALLIER L'association entre public et privé, R.D.P. 1981, p. 897-898.

⁵⁰⁷S. REGOURD De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie, p. 982, R.D.P. 1990

agit-il en qualité d'organe local ou central? Ou lorsqu'un canton suisse exerce son droit d'initiative législative (art.93-2 de la constitution fédérale), le fait-il en qualité d'organe central ou local?

Ch. EISENMANN écartait de la question de la centralisation - décentralisation, cette hypothèse de la participation d'un organe non central à l'édiction d'un acte central. Dans sa présentation de la semi - décentralisation, évoquant la participation fréquente des Etats membres d'une fédération à la révision de la constitution fédérale, il considérait que l'analogie avec sa définition de la semi - décentralisation était erronée car " pour participer à un acte du gouvernement central, il faut avoir caractère central; plus exactement même: participer à un acte du gouvernement central, c'est avoir caractère central "⁽⁵⁰⁸⁾.

Cependant l'affirmation de Ch. EISENMANN peut être renversée (⁵⁰⁹). Tout organe central qui participe à la formation d'un acte non central a en fait un caractère non central. Or la semi - décentralisation consistant selon Ch. EISENMANN " à faire dépendre l'entrée en vigueur des normes d'une double décision libre, prise l'une par l'organe central, l'autre par l'organe décentralisé "⁽⁵¹⁰⁾, cela implique, que l'organe central participant à un acte non central n'a plus le caractère central mais non central. Il est difficile de considérer le ministre qui approuve l'emprunt comme un organe local, car même si cette approbation est nécessairement individualisée, elle pèse sur toutes les circonstances identiques. Ch. EISENMANN refuse l'analogie au motif qu'elle " méconnaît encore le fait que la notion de compétence désigne un simple possible, et que si l'action ne peut excéder les limites de la compétence, la compétence, elle, peut fort bien dépasser les limites de l'action "⁽⁵¹¹⁾. Le raisonnement est surprenant, car si en effet l'action peut être inférieure à la compétence, l'auteur a rapporté expressément la

⁵⁰⁸.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p. 90, L.G.D.J.1948

⁵⁰⁹.Ce que conteste Ch. EISENMANN en écrivant: " On ne peut retourner les propositions précédentes et dire: seul un organe non central peut exercer une activité donnée vis à vis d'une fraction de la collectivité; autrement dit: dès lors qu'un organe pose des normes valables seulement pour une telle fraction ou participe à leur édicition, il n'a qu'une compétence limitée à cette fraction, ..., donc c'est, en ce qui concerne cette activité, un organe non central". Centralisation - décentralisation, p. 91

⁵¹⁰.Ch. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p. 96, L.G.D.J.1948

⁵¹¹.Ibid. p. 91

compétence aux destinataires des normes (⁵¹²). Or, en l'espèce, les destinataires étant une partie seulement des membres de la collectivité, on doit considérer l'organe "central" participant à un acte applicable à une partie de la collectivité, comme un organe non central.

Dans cette situation de semi - décentralisation, Ch. EISENMANN utilise la notion d'organe mixte qu'il définit comme l'organe " mi – central - mi non central, mixte, s'il est formé d'éléments centraux et d'éléments non centraux, c'est à dire d'éléments dont -toujours pour l'activité considérée- les uns ont compétence envers la collectivité entière, les autres seulement envers une partie déterminée de la collectivité"(⁵¹³). Le problème est donc de déterminer qui est central et qui est non central?

Dans son ouvrage Ch. EISENMANN avait donné de prime abord, une définition plus large du caractère central ou non central, en considérant qu'est " central un organe qui est investi d'une fonction à l'égard de la collectivité toute entière ..." et non central l'organe " investi d'une fonction qu'à l'égard d'une fraction déterminée de cette collectivité ..."(⁵¹⁴).

Cette fonction peut consister soit dans une faculté de statuer, soit dans une faculté d'empêcher. Concernant la faculté de statuer, la compétence personnelle d'un organe doté de la faculté de statuer se détermine toujours par rapport aux destinataires de l'acte prétendant au titre de norme.

Concernant la compétence personnelle d'un organe doté de la faculté d'empêcher on ne peut considérer exclusivement le cercle des destinataires à partir de ceux visés par la faculté de statuer qui est empêchée. Il faut en outre s'interroger sur l'effet de la faculté d'empêcher. Soit elle peut à elle seule s'opposer à la faculté de statuer à laquelle elle s'applique, auquel cas elle sera détenue par un organe central, car dans un ordre juridique hiérarchisé, seule une faculté

⁵¹²."Ainsi le caractère central ou non central des autorités a-t-il trait au cercle de personnes dont leurs normes peuvent fixer la condition, ...". Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p. 9

⁵¹³.Ibid. p. 68

⁵¹⁴.Ibid. p. 8

d'empêcher centrale peut paralyser seule une faculté de statuer (⁵¹⁵). Soit, elle ne peut seule s'opposer à la faculté de statuer à laquelle elle s'applique, auquel cas elle sera non centrale.

2) L'importance de la norme créatrice des organes

La question de la centralisation - décentralisation ne se posant au mieux qu'au niveau de la norme seconde; c'est donc logiquement la norme première, qui devrait poser les organes participant à la production de la norme et répondre ainsi à l'interrogation centralisation ou décentralisation ?

Ainsi la Constitution, "degré suprême" des normes "contient la détermination de l'organe ou des organes investis du pouvoir de créer des normes juridiques générales,-les lois et règlements- " (⁵¹⁶).

A défaut de fixation par la Constitution, ce devrait être toujours au moins la norme immédiatement supérieure qui devrait régler la production de la norme immédiatement inférieure. Cependant il apparaît que cette organisation de la production de la norme considérée résulte parfois d'une décision de l'organe normalement investi par la norme supérieure. Ainsi en France, le Premier Ministre détient le pouvoir réglementaire en vertu de l'article 21 de la Constitution et à l'aide de celui-ci il peut décider de s'amputer partiellement de son pouvoir en créant un organe à compétence personnelle limitée, un établissement public par exemple ou en habilitant un organe à compétence personnelle limitée à créer des normes (⁵¹⁷).

⁵¹⁵.Admettre qu'une faculté d'empêcher non centrale puisse seule empêcher une faculté de statuer centrale, aboutit à considérer que l'organe central n'a pas autorité sur toute la collectivité puisqu'un seul peut s'abstraire de ce qu'il pose et ainsi cela remet en cause l'existence même d'un ordre juridique hiérarchisé.

⁵¹⁶.H. KELSEN Théorie pure du droit, p. 300, DALLOZ 1962. P. BASTID en écrivant que la constitution " concerne l'organisation générale des pouvoirs de l'Etat dans leurs rapports avec les individus ..." renvoie à cette définition, mais avec une moindre précision en raison de l'indétermination du sens de l'expression "pouvoirs de l'Etat"; P.BASTID, L'idée de constitution, p. 27 Economica 1985

⁵¹⁷.cf. F. SABIANI L'habilitation des personnes privées à gérer un service public, A.J.D.A. 1977 p. 4. A. COUDEVILLE considère que l'on ne peut parler de mandat au sens civiliste du terme, dans cette hypothèse assimilable à une délégation de pouvoir, La notion de mandat en droit administratif A.J.D.A. 1979 p. 17
Pour un ex. d'habilitation, voir le cas des fédérations sportives: cf. à cet égard Le contentieux administratif du sport, A.J.D.A.1984 p. 531, M. GROS & P.Y. VERKINDT L'autonomie du sport, fiction ou réalité, A.J.D.A.1985, p. 699 et P. COLLOMB et J.M. RAINAUD Commentaire de la loi 92-652 du 13/7/1992

Cela pose plusieurs questions. Dans quelle mesure peut-il ainsi se démembrer? Quel impact ce démembrement a sur notre question?

a) L'impact du niveau de la norme créant les organes

La constitution qui représente "le degré suprême"⁽⁵¹⁸⁾ des normes, ne crée pas le plus souvent, l'ensemble des organes investis de prérogatives normatives, dans la mesure où la question de la centralisation - décentralisation peut se poser à chaque étage de la hiérarchie. Elle réglera nécessairement la production des normes, qui lui seront immédiatement inférieures mais laissera à celles-ci ou à d'autres le soin de régler les productions inférieures. Elle pourra cependant à défaut de régler la production normative inférieure à la norme seconde, reconnaître l'existence d'organes non centraux appelés à participer à cette production normative, par exemple réglementaire, dans des conditions à définir par la norme seconde. Dans cette hypothèse, la norme seconde ne pourra ignorer l'existence des organes reconnus par la norme première.

On l'a vu, l'hypothèse est fréquente en France où la constitution évoque les collectivités locales et laisse le soin à la loi de régler leur contribution à l'activité normative⁽⁵¹⁹⁾. L'article 72 de la constitution actuelle en constitue un bon exemple mais il va aussi plus loin, en ce qu'il reconnaît les collectivités territoriales d'une part et le principe de leur libre administration d'autre part, ce qui implique une limitation du législateur appelé à déterminer les principes fondamentaux de cette libre administration.

Concernant les établissements publics, l'on sait que la Constitution française de 1958 réserve au législateur " la création de catégories d'établissements publics "⁽⁵²⁰⁾. Or le contenu de la loi "d'ouverture" d'une catégorie nouvelle n'est pas déterminé avec précision car cette disposition

modifiant la loi 84-610 du 16/7/1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques, A.J.D.A. 1992, p. 799.

⁵¹⁸.H. KELSEN Théorie pure du droit, p. 300, DALLOZ 1962

⁵¹⁹.par exemple l'article 69 de la charte de 1830, l'article 78 de la constitution de 1848 ...

⁵²⁰.Art.34 Constitution française du 4/10/1958

de l'article 34 s'entremêle avec d'autres: " garanties des libertés publiques, libre administration des collectivités locales, régime de la propriété, du droit du travail, de la Sécurité sociale ... "(⁵²¹).

La garantie offerte par la citation dans la norme première est affaire d'appréciation, néanmoins elle constitue un élément important de la dialectique normative. Le Conseil Constitutionnel a eu l'occasion de préciser à l'intention du législateur le sens du visa dans l'article 72 non seulement des collectivités territoriales mais aussi du principe de libre administration (⁵²²). Le Conseil d'Etat a de nombreuses fois été amené à effectuer une appréciation sur l'étendue de la capacité normative des collectivités. A cette occasion, il convient de noter qu'il a reconnu aux collectivités locales un véritable " pouvoir réglementaire local spontané dans l'application des lois "(⁵²³).

Cependant on l'a écrit, la création des organes non centraux peut résulter de la volonté de l'organe central titulaire du pouvoir normatif considéré, qui s'automutile ainsi (⁵²⁴). La logique veut, que fait par une autorité, il puisse être défait par elle (⁵²⁵), sous contrôle du juge (⁵²⁶) c'est à dire que l'amputation serait essentiellement précaire. En conséquence, l'organe non central ainsi créé ou l'habilitation ainsi donnée, étant subordonnés dans leur existence même à

⁵²¹.F. GAZIER Etude sur les établissements publics, p. 19, E.D.C.E. 1984-1985

⁵²².La décision du Conseil Constitutionnel du 8/8/1985 affirmant que le principe de libre administration suppose " un conseil élu doté d'attributions effectives ; ..." C.C. décision 85-196 DC du 8/8/1985, A.J.D.A 1985, p. 605 note L. HAMON et R.D.P. 1986 Chronique constitutionnelle de L.FAVOREU p. 462

⁵²³.B. FAURE Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, p 54, Thèse dactylographiée Université de Pau et des Pays de l'Adour, 1992, cf. à cet égard la décision citée par l'auteur de cette thèse et passée presque inaperçue C.E. 31/1/1990 District urbain de Montbéliard, A.J.D.A. 1990, p 492

⁵²⁴.Une norme supérieure peut prévoir cette procédure en dégageant les grandes lignes de la délégation du pouvoir normatif sans remettre en cause la capacité d'appréciation du titulaire principal de ce pouvoir de l'opportunité d'effectuer cette délégation. Là encore l'appréciation pourra être confrontée à une autre, celle du juge qui exerce en la matière un contrôle restreint, aboutissant ainsi à une définition mouvante de la capacité du titulaire principal du pouvoir. Les fédérations sportives constituent là encore un bon exemple: C.E. 20/1/1989 Fédération de Karaté Taekwudo, R.D.P. 1990, p. 575 et Leb. p. 874, C.E.19/6/1991 Féd. Française de boxe américaine, LE QUOTIDIEN JURIDIQUE 1992, n° 47, p. 2

⁵²⁵. " Créé par décret, l'établissement public peut être dissout par un acte de même nature, éventuellement pris "après avis du Conseil d'Etat", Les établissements publics: transformations et suppressions, p. 63 N.E. Doc. Franc. 4876, 1989

⁵²⁶. Qui exerce en la matière un contrôle restreint: cf. en matière de dissolution d'établissement public C.E. 5 Juillet 1989 Mme Saubot & autres Leb. p. 159 & 874, concernant les associations C.E. 14 mars 1990 Office culturel de Cluny, A.J.D.A. 1990 p. 645

la volonté de leur créateur, l'organe titulaire de la faculté de statuer apparaîtra comme un organe centralisé au sens de Ch. EISENMANN ⁽⁵²⁷⁾.

b) les limites au démembrement du titulaire principal de la faculté de statuer

La délégation doit être "autorisée par un texte adéquat"⁽⁵²⁸⁾ et ceci exclut qu'une collectivité délègue ses compétences à un organisme ⁽⁵²⁹⁾ ou à un de ses membres ⁽⁵³⁰⁾ en dehors des cas prévus par les textes ⁽⁵³¹⁾.

La délégation ne doit pas porter sur l'intégralité des prérogatives du titulaire principal et donc pour être admise, le Conseil d'Etat considère que la délégation doit préciser son étendue ⁽⁵³²⁾. Ces principes ont été posés aussi par le Conseil Constitutionnel ⁽⁵³³⁾ qui considère qu'une autorité nationale autre que le Premier ministre peut sur habilitation législative exercer afin de mettre en œuvre une loi, un pouvoir réglementaire " dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements "⁽⁵³⁴⁾; ce cadre exige que l'" habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu "⁽⁵³⁵⁾.

Si l'ensemble des établissements publics ⁽⁵³⁶⁾ disposaient d'un pouvoir normatif ⁽⁵³⁷⁾, ces limitations jurisprudentielles apparaîtraient bien théoriques; cependant en considérant

⁵²⁷.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p. 82, L.G.D.J. 1948

⁵²⁸.R. CHAPUS Droit administratif, p. 809, tome 1, MONTCHRESTIEN 1992

⁵²⁹.T.A. AMIENS 1/12/1987 Braine & Vantomme, A.J.D.A. 1988, p. 394

⁵³⁰.C.E. 9/12/1987 Barral, Leb. p. 536

⁵³¹.Ainsi par ex., les commissions de recours amiable des C.A.F sont incompétentes pour statuer sur les demandes de remise gracieuse en matière d'A.P.L.; C.A.A. Lyon 14/6/1993 Min. de l'Equipement, LES PETITES AFFICHES 1993, n° 148, p. 11

⁵³².Cf. C.E. 13/5/1949 Couvrat D.1950 p. 77, note J.G., et plus récent C.E. 27/4/1987 Ministre de l'Economie c/ Sté Mercure Paris-Etoile A.J.D.A. 1987 p. 526

⁵³³.sur ce point cf. D. ROUSSEAU Droit du contentieux constitutionnel, p. 231, MONTCHRESTIEN, 1990,

⁵³⁴.C.C. Décision 86-217 DC du 18/9/1986, A.J.D.A. 1987 p. 102

⁵³⁵.C.C. Décision 88-248 DC du 17/1/1989, R.F.D.A. 1989 p. 228

⁵³⁶.Cf. la liste dressée par F. GAZIER concernant les établissements nationaux, E.D.C.E. 1984-85 p. 62 & s.

l'organisation du service géré, cela représente déjà un véritable démembrement des prérogatives du Premier ministre et des ministres qui en matière d'organisation disposent de ce pouvoir normatif (⁵³⁸).

Pour Ch. EISENMANN, le critère discriminant résidait dans le caractère discrétionnaire de la compétence personnelle. Or, il apparaît que toute compétence, toute faculté s'exerce discrétionnairement.

SECTION II) L'exercice toujours discrétionnaire des facultés

Pour Ch. EISENMANN, l'organe non central sera décentralisé, s'il peut faire prévaloir sa volonté, c'est à dire s'il dispose d'une compétence discrétionnaire. Cependant il convient de s'intéresser à l'exercice de la compétence, plutôt qu'à la compétence elle-même.

I) les différentes approches des rapports entre organes centraux et non centraux

Se démarquant de la doctrine traditionnelle, l'approche de Ch. EISENMANN, est critiquée par S. REGOURD.

⁵³⁷. Tous les établissements publics ne possèdent pas un pouvoir réglementaire, cf. à titre d'exemple C.E. 22/12/1978 Fédération nationale des distributeurs de films, Leb. p. 527 et avis du C.E. sur le pouvoir réglementaire du Centre national de la cinématographie E.D.C.E. n° 31 1979-80 p. 210; C.E. 21/5/1982 BOURDAIS à propos du pouvoir réglementaire du "Service national du permis de conduire", R.D.P. 1983 p. 515, pour d'autres exemples J.P. DUBOIS Le contrôle administratif sur les établissements publics, p. 353 & s, L.G.D.J. 1982, J. MOREAU Droit administratif, p. 108, Coll. Droit fondamental, P.U.F. 1989

Par ailleurs les établissements publics ne sont pas les seuls à détenir un pouvoir normatif, puisque cette possibilité est ouverte aussi aux personnes privées: cf. à cet égard la décision rendue en contrariété avec les conclusions du Commissaire du Gouvernement, par le Conseil d'Etat le 27/4/1987 Comité interprofessionnel du gruyère de Comté, R.F.D.A. 1987 p. 885

⁵³⁸. C.E. 7/2/1936 Jamart G.A.J.A. p. 305

A) L'approche doctrinale classique

Il apparaît que les techniques de contrôle sont identiques qu'elles soient exercées dans le cadre de ce que l'on appelle le pouvoir hiérarchique ou dans le cadre de la tutelle (⁵³⁹).

Cette identité technique conduit la doctrine classique à distinguer les rapports entre organes centraux et locaux selon que les organes locaux sont ou non soumis à un pouvoir discrétionnaire. Cependant lorsque l'on entre dans le détail de son analyse, on constate un certain flou dans sa classification.

1) L'identité des techniques

Ces techniques peuvent être regroupées et discriminées au sein et par les facultés de statuer et d'empêcher.

Ainsi le supérieur hiérarchique et l'autorité de tutelle disposent de la faculté de statuer (faculté d'ordonner ou de corriger selon MONTESQUIEU) à la place de l'inférieur ou de l'organe sous tutelle. Concernant le supérieur, cela se manifeste par le pouvoir d'instruction et de substitution (⁵⁴⁰). Concernant l'autorité de tutelle cela se manifeste par le pouvoir de substitution (⁵⁴¹).

⁵³⁹.M. BOURJOL étudiant la tutelle sur les actes notait " qu'il existe une gamme de procédés divers dont certains sont d'ailleurs employés par le pouvoir hiérarchique." Droit administratif, tome ,1 p. 105, MASSON 1972

⁵⁴⁰.cf. F.B. BENOIT Le droit administratif français, p. 489 & s, DALLOZ 1968; R. CHAPUS Droit administratif, Tome 1, p. 254 & s, 4^{ème} éd.1988; M. HAURIOU Précis élémentaire de droit administratif, p. 45 SIREY 1938; J.MOREAU Droit administratif, p. 123 & s, coll. droit fondamental P.U.F.1989, J. RIVERO Droit administratif, p. 319 DALLOZ 1980; G. VEDEL & P. DELVOLLE Droit administratif, tome 2, p. 392, 11^{ème} éd. coll. THEMIS P.U.F.1990, M. WALINE Droit administratif, p. 258 SIREY 1959

⁵⁴¹.Les auteurs précités F.B. BENOIT p. 136; R. CHAPUS p. 276; M. HAURIOU n'évoque pas la substitution dans les procédés de tutelle (p. 52) mais l'évoque sans préciser son sens à propos du contrôle du Maire (p. 178); J. MOREAU p. 125; J. RIVERO p. 321; G. VEDEL & P. DELVOLLE p. 397; M. WALINE p 391

De même on constate que le supérieur et l'autorité de tutelle disposent de la faculté d'empêcher qui se manifeste par le pouvoir d'approbation (qui inclut l'autorisation) et d'annulation (⁵⁴²).

Si donc la technique des actes ne différencie pas pouvoir hiérarchique et tutelle, la distinction doit être nécessairement fondée sur un autre critère ou alors les notions se confondent.

2) La distinction fondée sur le caractère discrétionnaire ou non des actes

Cette distinction à partir du caractère discrétionnaire ou non des actes apparaît dans la doctrine en ce que " le pouvoir hiérarchique est un pouvoir inconditionné " (⁵⁴³), c'est à dire un pouvoir que le supérieur " possède de plein droit " (⁵⁴⁴) " sans qu'un texte soit nécessaire " (⁵⁴⁵).

Or ces affirmations renvoient toutes au pouvoir discrétionnaire tel que l'entend Ch. EISENMANN, c'est à dire la capacité de faire prévaloir sa volonté personnelle (⁵⁴⁶).

A l'inverse la tutelle est présentée comme une compétence liée en ce que tous affirment, qu'elle n'existe que par la loi (⁵⁴⁷).

Cependant la doctrine classique est d'une limpidité trouble. En effet, lorsqu'elle appréhende les techniques de contrôle on s'aperçoit que la limite qu'elle définit a priori entre pouvoir hiérarchique et tutelle s'estompe gravement dans la mesure où elle fait pénétrer dans la tutelle un contrôle dit d'opportunité qui n'est qu'un moyen d'imposer sa volonté personnelle. Parmi

⁵⁴². Les mêmes auteurs: F.B. BENOIT p. 136; R. CHAPUS p. 270 & s; M. HAURIOU p. 52; J. MOREAU p. 125; J. RIVERO p. 321; G. VEDEL & P. DELVOLLE p. 396; M. WALINE p. 390 & s

⁵⁴³. G. VEDEL & P. DELVOLLE précité p. 392

⁵⁴⁴. J. RIVERO précité p. 319

⁵⁴⁵. R. CHAPUS précité p. 255

⁵⁴⁶. Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p. 73, L.G.D.J. 1948

⁵⁴⁷. F.P. BENOIT précité p. 137; J. RIVERO précité p. 319, J. MOREAU précité p. 125 ...

ces techniques de contrôle de l'opportunité, ne subsiste aujourd'hui que l'approbation mais il existait aussi une annulation pour inopportunité (⁵⁴⁸).

Ceci justifiait la critique de Ch. EISENMANN.

B) L'approche de Ch. EISENMANN

Ch. EISENMANN considérait que l'on devait prendre en compte le caractère discrétionnaire ou non des prérogatives exercées par un organe central sur un organe local pour qualifier une organisation donnée du pouvoir normatif (⁵⁴⁹). Cependant cette approche a été critiquée par S. REGOURD et est critiquable à partir de la démarche menée par Ch. EISENMANN.

1) L'exposé de la thèse de Ch. EISENMANN

Ce caractère discrétionnaire permet de différencier les rapports entre organe local et organe central même lorsqu'ils prennent des formes identiques.

" L'autorité hiérarchique est le droit d'un agent de faire, dans ses rapports avec un autre agent, prévaloir sa volonté personnelle, soit en le dirigeant, soit en le corrigeant " (⁵⁵⁰).

Pour l'auteur, seuls des pouvoirs discrétionnaires peuvent caractériser la volonté personnelle. Ces pouvoirs traduisant l'autorité hiérarchique, sont selon lui nécessairement des pouvoirs discrétionnaires, c'est à dire " des pouvoirs qui comportent de la liberté de décision, une option libre entre deux ou plusieurs décisions possibles " (⁵⁵¹).

Les pouvoirs hiérarchiques se manifestent dans le pouvoir de direction ou le pouvoir de correction discrétionnaires; EISENMANN considérant que le cumul des deux pouvoirs n'est

⁵⁴⁸.L. MORGAND cite à cet égard l'article 18 de la loi du 18/7/1837, La loi municipale, tome 1, p. 131, BERGER-LEVRAULT 1963. Cette hypothèse était évoquée ainsi par M. HAURIOU: " L'acte peut être annulé d'office sans cause déterminée " Précis de droit administratif, p. 53 SIREY 1938

⁵⁴⁹.Ch. EISENMANN Centralisation – Décentralisation, p. 75 & s, p. 94 & s et 147 & s L.G.D.J. 1948

⁵⁵⁰. Ch. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p. 73 L.G.D.J. 1948

⁵⁵¹.Ibid. p. 75, 147 & 167 & s.

pas nécessaire pour qu'existe l'autorité hiérarchique ⁽⁵⁵²⁾ car le pouvoir de direction dispose d'autres garanties, " ne seraient-ce que les sanctions d'ordre personnel"⁽⁵⁵³⁾.

Ch. EISENMANN montre cet aspect dans le cadre de sa critique des notions de concentration - déconcentration qui n'ont trait qu'au "pouvoir formel de décision"⁽⁵⁵⁴⁾ dans la mesure où "les compétences bien que fragmentées territorialement demeurent en réalité centrales du fait de la dépendance hiérarchique de leurs titulaires"⁽⁵⁵⁵⁾.

En d'autres termes, l'organe déconcentré exprimerait en fait une compétence illimitée. Ceci est vérifié en droit positif. L'exemple du préfet de département le démontre. Si l'on suit Ch. EISENMANN, son supérieur hiérarchique pourrait "déterminer entièrement les normes"⁽⁵⁵⁶⁾ qu'il devrait prendre. La réalité peut être apparemment toute autre ⁽⁵⁵⁷⁾. Ainsi par exemple en matière de police administrative, le Préfet, autorité de police administrative générale dans le département, est normalement selon l'analyse de Ch. EISENMANN un organe à compétence personnelle illimitée en sa qualité de représentant hiérarchiquement subordonné du gouvernement qui est un organe à compétence personnelle illimitée.

Or le Préfet est seul habilité à prendre des mesures de police à destination des personnes en relation avec sa circonscription ⁽⁵⁵⁸⁾. Selon E.PICARD, la police exercée par le Préfet lui serait propre et ne saurait se confondre avec la police nationale nonobstant l'appartenance du Préfet à la même personne juridique que l'autorité de police nationale. Qu'il fasse mal ou qu'il

⁵⁵².Ibid. p. 79

⁵⁵³.Ibid. p. 79

⁵⁵⁴.Ibid. p. 145

⁵⁵⁵.J.M. AUBY Problématique de la déconcentration, Document dactylographié du colloque: Aspect de la décision administrative en milieu local, Bordeaux 21 & 22 Juin 1978,

⁵⁵⁶.CH. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p. 145 L.G.D.J.1948

⁵⁵⁷ J.C. GROSHENS Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés, p. 140 A.J.D.A. 1966

⁵⁵⁸.E. PICARD La notion de police administrative, p. 633 L.G.D.J. 1984

ne fasse pas, nul autre que lui n'est autorisé à intervenir et cela se constate en matière de police des sols (⁵⁵⁹).

Ceci pourrait conduire à une reconnaissance du Préfet en qualité d'organe non central mais il demeure un organe centralisé car "l'autorité hiérarchique n'est pas, ..., dans la vie administrative, un vain mot, ..."(⁵⁶⁰) dans la mesure où le subordonné sait que " la désobéissance sera sanctionnée; elle le sera par la notation, ..., elle le sera, éventuellement, par la voie disciplinaire "(⁵⁶¹).

Pour Ch. EISENMANN le simple pouvoir d'ordonner l'exécution ou le respect de la volonté d'autrui ne constitue pas le pouvoir hiérarchique.

Selon lui si l'organe central est lié par une volonté qui lui est extérieure - par exemple une prescription législative pour une autorité disposant de la puissance réglementaire - dans le rapport qu'il entretient avec l'organe local on ne pourra pas parler de centralisation mais de contrôle.

Pour Ch. EISENMANN " un contrôle est l'opération qui consiste à vérifier si des objets concrets sont conformes ou ne sont pas conformes au schéma idéal d'un objet correct, tel que le dessine une norme que l'on peut appeler norme de contrôle... Un contrôle, c'est essentiellement une vérification de conformité, de la conformité d'objets à un modèle, à un type, à une norme "(⁵⁶²).

⁵⁵⁹.C.E. 11 Juin 1982 A. MESTDAHG p. 42 A.J.D.A.1983; dans cette affaire dont les faits sont antérieurs à 1982 se posait la question de savoir si un Préfet avait pu légalement retirer un permis de construire alors qu'en la matière le code de l'urbanisme réservait dans cette hypothèse au ministre seul un pouvoir général d'évocation (art. R 421-23). Le juge va trancher en faveur du Préfet sur le fondement des dispositions législatives du code d'administration communale (art.77) qui font du Préfet " l'autorité supérieure " chargée du contrôle et auxquelles sont subordonnées les dispositions réglementaires du code de l'urbanisme.

⁵⁶⁰.J.C. GROSHENS Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés, A.J.D.A. 1966 p. 140

⁵⁶¹.J. RIVERO Remarques à propos du pouvoir hiérarchique, A.J.D.A. 1966 p. 154

⁵⁶².Ibid. p. 167

" Il suit de là que les pouvoirs de contrôle sont, selon la terminologie technique, des compétences liées..."⁽⁵⁶³⁾

Ceci le conduit à distinguer ce qu'il entend par autorité hiérarchique de ce que la doctrine classique et contemporaine appréhende dans l'idée de pouvoir hiérarchique dans la mesure où pour cette doctrine le pouvoir hiérarchique n'exclut pas la compétence liée ⁽⁵⁶⁴⁾ alors que pour EISENMANN il n'y a autorité hiérarchique que si le pouvoir est discrétionnaire ⁽⁵⁶⁵⁾.

Cette définition de l'autorité hiérarchique permet aussi une appréhension de la notion de tutelle. Pour EISENMANN la supériorité hiérarchique est exclue dans une relation triangulaire dans laquelle l'un des organes est chargé d'imposer à un deuxième organe la volonté d'un troisième; situation correspondant à " la tutelle de légalité " pour les auteurs classiques ⁽⁵⁶⁶⁾ ou aujourd'hui au contrôle administratif mis en place par la loi du 2 Mars 1982.

Ch. EISENMANN pour montrer cette relation triangulaire s'appuie à cet égard sur l'exemple du législateur dont les volontés sont imposées par l'administration ou par le juge ⁽⁵⁶⁷⁾ et considère qu'ici il y a contrôle au sens qu'il donne à ce terme ⁽⁵⁶⁸⁾.

⁵⁶³.Ibid. p. 168

⁵⁶⁴.Cette absence de distinction entre compétence liée et compétence discrétionnaire apparaît, selon Ch. EISENMANN, dans le fait que la doctrine évoque uniquement des techniques de " pouvoir " (approbation, suspension, annulation, réformation) et non leur condition d'exercice pour démontrer le pouvoir hiérarchique cf. par ex. R. BONNARD Précis de droit public, p. 138 SIREY 1946, J. MOREAU Droit administratif, p. 123 & s Coll. Droit fondamental P.U.F. 1989, R. ROLLAND Précis de Droit administratif, p. 108 & s DALLOZ 1953, G. VEDEL & P. DELVOLLE Droit administratif, tome 2, Thémis P.U.F. 1990

⁵⁶⁵.Ibid. p. 75 et 147

⁵⁶⁶.Ibid. p. 186

⁵⁶⁷.Ibid. p. 73-74 & 81 où EISENMANN déclare : " Telle est la situation , par exemple , lorsqu'un organe administratif central - tel que le ministre de l'Intérieur - a simplement le droit ...d'assurer lui-même l'exécution des règles de la législation centrale , si les organes administratifs non centraux - Conseil Général , Conseil Municipal , Maire - qui auraient du l'assurer ne l'ont pas fait, ...Il n'y a pas en ce cas rapport de supériorité ni d'autorité hiérarchique entre les deux organes administratifs ...S'il y a supériorité , donc centralisation , ce ne sera qu'entre l'organe législatif central et l'organe administratif non central, ..."

⁵⁶⁸.Ibid. p. 191

Par contre ce que la doctrine classique appelle tutelle de l'opportunité correspond pour Ch. EISENMANN à un pouvoir discrétionnaire en ce que l'idée d'un contrôle de l'opportunité supposerait que l'on ait défini au préalable la norme opportune et que les décisions locales soient à l'occasion de cette opération de contrôle rapportées à cet "étalon" de la norme opportune.

L'incongruité, non admise par la doctrine (⁵⁶⁹), de la proposition est parfaitement démontrée par Ch. EISENMANN (⁵⁷⁰) et dès lors nonobstant leur caractère discrétionnaire, les pouvoirs de "contrôle de l'opportunité" ne sauraient sanctionner " une véritable opération de contrôle ", ni assurer "une fonction de contrôle"(⁵⁷¹).

Ainsi les pouvoirs d'autorisation, d'approbation ou d'annulation discrétionnaires que la doctrine classique présentaient comme des éléments d'un contrôle d'opportunité sont pour Ch. EISENMANN l'expression d'une " participation au pouvoir de décision " (⁵⁷²) et donc " ne sont pas plus pouvoirs hiérarchiques qu'ils ne sont pouvoirs de contrôle. Seul est hiérarchique le pouvoir discrétionnaire de substitution d'action " (⁵⁷³).

EISENMANN critique le fait que la doctrine ait intégré la notion de contrôle (⁵⁷⁴) à la décentralisation (⁵⁷⁵) car elle est pour lui " le corollaire nécessaire de la centralisation législative " (⁵⁷⁶). Selon lui, les pouvoirs d'approbation, d'autorisation, d'annulation ou de suspension sont des pouvoirs de contrôle "lorsqu'ils ont le caractère lié" mais s'ils sont

⁵⁶⁹. R. CHAPUS Droit administratif général, tome 1, p. 268 MONTCHRESTIEN 1988, J. MOREAU Droit administratif, p. 126 Coll. Droit fondamental P.U.F. 1989, G. VEDEL & P. DELVOLLE Droit administratif, tome 2, p. 394 Thémis P.U.F. 1990, voir cependant pour une analyse remarquable du prétendu contrôle d'opportunité P. DELVOLLE Le contrôle de l'opportunité existe-t-il? Actes du colloque Conseil Constitutionnel - Conseil d'Etat p. 269 L.G.D.J. & MONTCHRESTIEN 1988

⁵⁷⁰.Ibid. p. 172 & s

⁵⁷¹.Ibid. p. 178

⁵⁷².Ibid. p. 191

⁵⁷³.Ibid. p. 178 et p. 191

⁵⁷⁴.Ibid. sur la notion de contrôle voir p. 167

⁵⁷⁵.Ibid. p. 160

⁵⁷⁶.Ibid. p. 162

discrétionnaires, ils ont le caractère de "pouvoirs de consentement ou codécision". Le pouvoir de substitution quant à lui, a le caractère de pouvoir hiérarchique quand il est discrétionnaire (⁵⁷⁷) et le caractère d'un pouvoir de contrôle lorsqu'il s'agit d'une compétence liée.

b) La critique de S. REGOURD

S. REGOURD considère que cette thèse repose sur un dogme "la supériorité hiérarchique définie comme le droit de faire prévaloir sa volonté propre" et cela n'est en rien "une donnée du droit positif, une réalité juridique qui s'imposerait à l'analyste"(⁵⁷⁸).

Selon cet auteur, en se plaçant du seul point de vue du supérieur hiérarchique, Ch. EISENMANN oublie " le rapport normatif " qui lie le supérieur à l'inférieur. S. REGOURD écrit: " Si l'on se place en effet du point de vue du subordonné, le rapport hiérarchique se trouve appréhendé en termes de normes obligatoires quelle que soit " la part prise par la volonté personnelle de celui qui les édicte ..., le seul problème posé à l'agent de degré inférieur est de savoir si l'ordre, donné par l'agent de degré supérieur est juridiquement obligatoire. Ce problème est simplement celui de sa conformité au droit en général et aux règles de l'organisation en particulier "(⁵⁷⁹).

Cette critique doit être nuancée car elle laisse croire que l'inférieur peut s'interroger sur le caractère obligatoire de la décision prise par son supérieur. Or il n'en est rien bien évidemment.

En effet, si cette décision est une norme juridique, l'inférieur doit s'y conformer en raison même de cette qualité. Si cette décision n'est pas une norme juridique (mesure d'ordre intérieur par ex.) l'inférieur " doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique,

⁵⁷⁷.Ibid. p. 166

⁵⁷⁸.S. REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français, p. 45, L.G.D.J. 1982

⁵⁷⁹.Ibid. p. 46

sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre un intérêt public "⁽⁵⁸⁰⁾.

Cependant S. REGOURD constatait et c'est ce qui nous intéresse que "le fait que l'ordre ait été librement forgé par l'agent de degré supérieur ou que ce dernier ait été obligé de le donner, n' a ... aucune incidence" sur la situation concrète de l'inférieur, qui demeure assujetti à un devoir d'obéissance qui est moins lié à la "conformité au droit"⁽⁵⁸¹⁾, qu'"aux règles de l'organisation"⁽⁵⁸²⁾ ainsi que le relevait J. RIVERO ⁽⁵⁸³⁾ à la suite de l'article de J.C. GROSHENS ⁽⁵⁸⁴⁾.

Cette indifférence pour le subordonné du caractère discrétionnaire ou non de l'ordre qui lui est donné, S. REGOURD l'illustre en évoquant la hiérarchie militaire qui lui permet, en outre de contester la relation triangulaire dans laquelle Ch. EISENMANN ne voyait pas une hypothèse d'autorité hiérarchique. Il constate en effet, qu'un subordonné peut avoir aussi des subordonnés et qu'il ne cesse pas " pour autant d'être leur supérieur hiérarchique " lorsqu'il leur fait appliquer les ordres qu'il a reçu lui-même de son supérieur. L'auteur peut affirmer ainsi que " la subordination hiérarchique existe nonobstant le caractère personnel des ordres émanant du supérieur "⁽⁵⁸⁵⁾.

⁵⁸⁰.A. PLANTEY Traité général de la Fonction Publique, p. 336 LITEC 1991; cf. aussi loi 83-634 du 13/7/1983 portant droits et obligations des fonctionnaires art.28, voir aussi P. DI MALTA Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique, p. 137 & s qui reconnaît à l'inférieur un droit de remarque " mais, en principe, si ces observations sont rejetées, l'inférieur devra obtempérer ".

⁵⁸¹.S. REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français, p. 46, L.G.D.J.1982

⁵⁸².Ibid. p. 46

⁵⁸³.J. RIVERO écrivait: " Si l'autorité du supérieur existe, et si elle ne dispose pas, pour s'exercer, de ce pouvoir de réformation par lequel on la caractérise traditionnellement, c'est qu'elle dispose d'autres armes, plus secrètes. " et l'auteur constatait plus loin que "le subordonné, l'instruction reçue, ne se sent pas libre, ... et son sentiment n'est pas le fruit d'une illusion: en fait il n'est pas libre; la désobéissance sera sanctionné ..." A.J.D.A.1966, p. 154

⁵⁸⁴.J.C. GROSHENS Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés, A.J.D.A. 1966, p. 140

⁵⁸⁵.S. REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif, p. 47 L.G.D.J.1982

Or cette relation triangulaire est nécessairement présente dans la relation hiérarchique au sein de l'administration puisque l'administration intervient au niveau de la norme seconde et qu'ainsi l'agent quel qu'il soit est avant tout le subordonné de la loi (⁵⁸⁶).

Le critère de la volonté personnelle doit-il être abandonné pour autant? Je ne le pense pas, si l'on admet qu'il ne s'applique pas à la définition d'une compétence mais à l'exercice d'une compétence, que celle-ci soit liée ou non, importe peu.

II) Le dépassement de la distinction compétence liée - compétence discrétionnaire

On l'a vu précédemment pour Ch. EISENMANN seuls des pouvoirs discrétionnaires caractérisent l'autonomie de la volonté, la capacité à prendre n'importe quelle décision.

En conséquence les prérogatives d'un organe central envers un organe local doivent être appréhendées à partir de la connaissance de leur caractère discrétionnaire ou non pour pouvoir qualifier ensuite le mode d'organisation qu'elles traduisent.

Ainsi pour l'auteur il ne saurait y avoir compétence discrétionnaire lorsqu'un organe fait respecter la volonté d'autrui, tels les juges ou les administrateurs lorsqu'ils font respecter la loi.

Les techniques utilisées (approbation, annulation par ex.) ne sont pas révélatrices du caractère discrétionnaire ou non du pouvoir exercé car "deux actes intrinsèquement, matériellement, identiques ... sont, du point de vue juridique, radicalement différents si le sont la base et le but que leur assigne" une réglementation (⁵⁸⁷).

L'examen des différentes prérogatives détenues par les organes centraux sur les organes locaux montrent que s'il existe effectivement des hypothèses où l'intervention de l'organe

⁵⁸⁶.R. CARRE DE MALBERG écrivait: " La puissance hiérarchique, en effet, n'existe pas pour elle-même: elle n'est conférée aux administrateurs supérieurs, y compris le chef suprême de l'administration, que pour l'accomplissement de la tâche constitutionnelle qui incombe à l'autorité administrative, c'est à dire de la tâche qui consiste à exécuter les lois ". Contribution à la théorie générale de l'Etat, tome 1, p. 518 C.N.R.S.1962 réimpression de l'éd. SIREY 1920

⁵⁸⁷. Ch. EISENMANN Centralisation – Décentralisation, p. 148 & s L.G.D.J. 1948

central est conditionnée et/ou réglementée (⁵⁸⁸) dans son contenu, c'est à dire des hypothèses de compétence liée au sens d'EISENMANN, l'organe central dispose d'une appréciation discrétionnaire de la réalisation des conditions de son intervention.

Ainsi il n'est pas faux d'affirmer que l'exercice d'une compétence liée s'appréciant discrétionnairement, les rapports organes locaux - organes centraux ont toujours un caractère discrétionnaire.

Si l'on examine le comportement de l'administration ou celui du juge on s'aperçoit que là où Ch. EISENMANN voyait une compétence liée, il y a en fait toujours compétence exercée discrétionnairement.

En fait la distinction opérée par Ch. EISENMANN entre prérogatives discrétionnaires et liées est identique à celle opérée entre contrôle de légalité et contrôle d'opportunité. Cette distinction entre compétence liée et discrétionnaire n'est pas opératoire pour apprécier la nature des rapports entre deux organes dans la mesure où " dans la réalité, il n'existe pas de différence de nature entre elles, mais seulement des différences de degré dans la liberté d'action reconnue par la loi et la jurisprudence aux autorités administratives " (⁵⁸⁹).

En effet et P.DELVOLVE l'a magnifiquement exposé à propos du contrôle juridictionnel (⁵⁹⁰), il n'y a jamais contrôle de l'opportunité de la décision normative mais il y a " toujours de l'opportunité dans le contrôle " (⁵⁹¹).

Son analyse peut sans difficulté être transposée dans un Etat fédéral à l'exercice de la faculté de statuer par les Etats fédérés et au contrôle exercé sur les normes en résultant notamment par le juge constitutionnel et étendue en France à l'exercice de la faculté de statuer des collectivités locales au contrôle exercé par le Préfet sur celles-ci.

⁵⁸⁸. Ainsi le pouvoir de contrôler peut être simplement posé par la loi (= condition) et fixé dans ses éléments (= réglementation, ex: carence ou illégalité)

⁵⁸⁹. F.P. BENOIT Droit administratif, p. 482 DALLOZ 1968

⁵⁹⁰. P. DELVOLVE Existe-t-il un contrôle de l'opportunité? Actes du colloque Conseil Constitutionnel -Conseil d'Etat 21-22 Janvier 1988 p. 269 L.G.D.J. & MONTCHRESTIEN 1988

⁵⁹¹. Ibid. p. 295

Selon P. DELVOLLE, l'opportunité dans le contrôle apparaît en ce que son titulaire "est maître du contrôle exercé"⁽⁵⁹²⁾, d'une part et "maître de la norme appliquée"⁽⁵⁹³⁾, d'autre part.

A) La maîtrise discrétionnaire du contrôle

L'examen des rapports Etat - Collectivités locales montre que dans un Etat fédéral comme dans un Etat unitaire le "contrôleur" maîtrise "l'existence de son contrôle" tout comme le titulaire de la faculté de statuer à titre initial maîtrise la décision d'exercer cette faculté nonobstant toute règle lui imposant de le faire ou de ne pas le faire.

En matière de décision initiale, on constate que lorsqu'un texte impose une conduite de faire ou de ne pas faire à un organe, celui-ci dispose en fait de la liberté de s'y conformer ou non.

La jurisprudence se nourrit tant en matière d'annulation qu'en matière de responsabilité, exclusivement de cette liberté d'appréciation que s'octroient les organes.

Ainsi par exemple, la loi (article L 163-1 du code des communes) implique pour les collectivités locales de ne plus intervenir dans les matières dont la gestion a été transférée à un établissement public de coopération intercommunale. Or il est patent que des collectivités transgressent cette interdiction sans que cela ne déclenche le contrôle de légalité et sans que le juge parfois saisi, n'y trouve à redire. Communes, Préfet et Juge disposent en l'espèce d'une faculté d'appréciation des matières transférées⁽⁵⁹⁴⁾.

De même en matière d'accès aux documents administratifs (art. L 121-19 code des communes & loi 78-753 du 17/7/1978) l'autorité locale a l'obligation de permettre cet accès et de donner

⁵⁹².Ibid. p. 295

⁵⁹³.Ibid. p. 304

⁵⁹⁴.Cf. à cet égard Ch. BRECHON-MOULENES Les syndicats de communes, Encyclopédie DALLOZ Collectivités locales, p. 932-84

copie. Or là encore, il est manifeste que cette obligation de faire, en raison du contentieux qu'elle suscite, est appréhendée de façon très libre par les élus locaux (⁵⁹⁵).

En matière de mise en œuvre du contrôle, cette même liberté d'appréciation peut être constatée.

Ainsi aux Etats-Unis les cours décident elles-mêmes des décisions qu'elles ne contrôleront pas en raison de leur nature politique (⁵⁹⁶) à l'instar de notre théorie des actes de gouvernement.

En France le contrôleur qu'il soit administrateur ou juge, maîtrise la décision de contrôler.

Ainsi par exemple dans le régime antérieur à 1982, les articles L.212.4 et suivants du code des communes prévoyaient que "l'autorité supérieure" se substituait aux élus municipaux lorsque le budget n'avait pas été voté en équilibre réel (art. L 212-4), lorsque ces élus n'acceptaient pas les mesures de redressement proposées après constatation d'un déficit dans l'exécution du précédent budget (art. L 212-5 & s) ou lorsqu'une dépense obligatoire n'avait pas été inscrite au budget (art. L 212-9).

Nous étions bien là dans une de ces hypothèses où Ch. EISENMANN voyait une compétence liée dans la mesure où l'administration ne pouvait se substituer à la commune que dans les cas prévus par la loi.

Or il est manifeste que la décision de substitution du Préfet n'était pas automatique, dès lors que se présentait un tel cas. Il y avait de sa part appréciation de l'opportunité d'agir et par conséquent malgré les dispositions du code des communes, compétence discrétionnairement exercée.

On peut même considérer que la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de responsabilité du fait de la tutelle constituait un "encouragement" à cette appréciation discrétionnaire de

⁵⁹⁵.cf. À cet égard J.M. BECET La communication des documents au public, Encyclopédie DALLOZ Collectivités locales, p. 152-4 & s

⁵⁹⁶.A. & S. TUNC Le système constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique, p. 270 DOMAT-MONTCHRESTIEN 1954, R.R. BOWIE & C.J. FRIEDRICH Etudes sur le Fédéralisme, tome 1, p. 200 L.G.D.J. 1960

l'opportunité d'exercer le contrôle sur la collectivité. En effet alors, seule la faute lourde engage la responsabilité de l'Etat (⁵⁹⁷).

Il n'est pas indifférent de rappeler ici que tant dans le rapport GUICHARD (⁵⁹⁸), que dans le rapport AUBERT (⁵⁹⁹) les élus se plaignaient moins de la tutelle préfectorale marquée d'une empreinte politique que de celle exercée par les services extérieurs de l'Etat.

Aujourd'hui alors que cette tutelle a disparu avec l'intervention de la loi 82-213 du 2 Mars 1982, subsistent des hypothèses où une partie de la doctrine au regard des dispositions de la loi et à la suite de certaines décisions (⁶⁰⁰) considère que le Préfet est dans une situation de compétence liée, telle notamment celle découlant du constat d'une illégalité à l'occasion de son contrôle de légalité (⁶⁰¹).

Si effectivement la loi évoque une obligation en disposant que le Préfet " défère ...les actes..." et donc une compétence liée elle prévoit tout aussi clairement une faculté d'appréciation et une compétence discrétionnaire dans la mesure où ce déferé ne concerne que les actes " qu'il estime contraire à la légalité " (⁶⁰²).

En matière de dépenses obligatoires la loi du 2 Mars 1982 prévoit que le Préfet sur demande de la Chambre régionale des Comptes inscrit cette dépense au budget. L'on était en droit de croire et les premiers juges l'ont cru, que le Préfet, dès lors que la Chambre régionale avait constaté le caractère obligatoire, était tenu d'inscrire la dépense au budget. Le Conseil d'Etat sur invitation de son Commissaire du Gouvernement qui ne croyait pas que la loi " ait dessaisi

⁵⁹⁷.C.E. 27/12/1948 Commune de Champigny s/Marne DALLOZ Hebdo.1949, p. 408, et en matière de substitution la responsabilité du "tuteur" a pu n'être engagée que lorsque la substitution était illégale C.E.24/6/1949 Commune de ST SERVAN SIREY Hebdo.1949.3.55; désormais la jurisprudence commune de Champigny (précitée) s'applique depuis l'arrêt du C.E. 5/12/1958 Commune de DOURGNE R.D.P. 1959 p. 990

⁵⁹⁸.O. GUICHARD Vivre ensemble 2 tomes Documentation française 1976

⁵⁹⁹.J. AUBERT La réponse des maires de France Commission des communes de France 1977

⁶⁰⁰.T.A. LYON 6 Février 1984 Synd. mixte des transports en commun de la région lyonnaise, T.A LYON 10 Juillet 1984 Com. de FONS, note D. CHABANOL A.J.D.A. 1984 p. 570 & s; T.A. POITIERS 30 Avril 1985 com. de ROM, note J.F. LACHAUME R.F.D.A. 1986 p. 618

⁶⁰¹.Loi 82-213 du 2 Mars 1982 art.3

⁶⁰².Sur cette question voir F.P. BENOIT Encyclopédie DALLOZ Collectivité locales, p. 4542-28 & s

le représentant de l'Etat d'une appréciation finale portant sur le principe même,..." de l'inscription, considéra que le Préfet avait fait en refusant l'inscription " une exacte application des dispositions de la loi du 2 Mars 1982 "(⁶⁰³).

Ainsi même lorsque l'organe central est censé exercer à l'encontre de l'organe local une compétence liée, il dispose de fait d'une compétence discrétionnaire dans la mesure où c'est lui qui apprécie la réunion des conditions d'existence de la compétence liée.

P. DELVOLVE considère par ailleurs que l'opportunité dans le contrôle résulte de la maîtrise "de la norme appliquée"(⁶⁰⁴).

B) La maîtrise discrétionnaire de la norme appliquée

On a vu que selon M. TROPER, la qualité de norme pouvait être subordonnée au fond d'une norme dans le cadre d'un système de justification statique. Cet auteur dans son étude consacrée au problème de l'interprétation et à la théorie de la supra légalité constitutionnelle montre que c'est "l'interprétation - et donc l'application de la constitution - qui seule peut conférer aux dispositions constitutionnelles la signification objective de normes"(⁶⁰⁵).

Ceci est important en ce qui concerne cette étude, car de nombreux textes posent a priori une centralisation, c'est à dire subordonnent la faculté de statuer des organes locaux à la volonté d'organes centraux établissant ainsi " une centralisation statique ". Dans d'autres cas, comme en France, la simple soumission des collectivités au respect de la légalité peut déboucher sur leur subordination, selon l'interprétation donnée à la légalité.

⁶⁰³.C.E.10 Février 1988 Com. de BRIVES-CHARENSAC A.J.D.A. 1988 p. 279 & s

⁶⁰⁴.P. DELVOLVE Existe-t-il un contrôle de l'opportunité? P. 304 Colloque Conseil Constitutionnel- Conseil d'Etat L.G.D.J.-MONTCHRESTIEN 1988

⁶⁰⁵.M. TROPER écrit: " l'acte de volonté par lequel le constituant adopte une disposition constitutionnelle a la signification subjective d'une norme. Mais il ne saurait avoir la signification objective que si l'ordre juridique attache à sa violation certaines conséquences de droit. Or c'est précisément, ..., l'interprétation qu'en donneront les organes d'application qui permettront de déterminer s'il y a ou non violation ... ». Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle, p. 143, Hommage à Ch. EISENMANN 1975

Le principe droit central brise droit local est un exemple. Cette situation se trouvait dans la constitution de l'U.R.S.S. dont l'article 74 disposait qu'" en cas de divergence entre la loi d'une République fédérée et la loi fédérale, cette dernière prévaut "(⁶⁰⁶), elle se trouve encore à l'article 31 de la Loi fondamentale du 23/5/1949 de l'Allemagne. On le verra, elle existe aussi dans les communautés européennes.

La constitution italienne n'ignore pas non plus cette solution puisque les lois régionales doivent respecter les "principes fondamentaux fixés par les lois de l'Etat" et ne pas être " en opposition avec l'intérêt national et avec celui d'autres régions "(⁶⁰⁷). Dans le même esprit la Constitution portugaise dispose que les régions ont en effet le pouvoir de " légiférer, en respectant la Constitution et les lois générales de la République, dans les matières qui présentent pour elles un intérêt spécifique et qui ne sont pas réservées à la compétence propre des organes de souveraineté "(⁶⁰⁸).

Plus surprenant est de constater que la Suisse prévoit un contrôle des actes cantonaux à partir des lois fédérales puisque l'article 113 de la Constitution Suisse dispose que lors de son contrôle "...le Tribunal Fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette Assemblée qui ont une portée générale "(⁶⁰⁹).

Cependant ces dispositions "subjectivement normatives" sont appréhendées de façons diverses par les organes chargés de les appliquer.

L'évolution du contrôle de constitutionnalité aux Etats-Unis montre cette détermination du juge à fixer lui-même l'étendue de son contrôle. Ceci apparaît particulièrement dans

⁶⁰⁶.Art.74 Constitution de l'U.R.S.S. du 7/10/1977 Constitutions & Documents politiques, p. 945 M. DUVERGER P.U.F. 1989; depuis la révision du 1/12/1988, cf. P. COLLEAS Le contrôle de constitutionnalité en U.R.S.S., R.D.P. 1990, p. 1035 & s

⁶⁰⁷.Art.117 Constitution de la République italienne du 27/12/1947, Constitutions & documents politiques p. 784 P.U.F.1989

⁶⁰⁸.Art.229 Constitution portugaise du 2/4/1976 cité dans La justice constitutionnelle au Portugal, p. 356 ECONOMICA 1989

⁶⁰⁹.Art.113 Constitution fédérale du 29 Mai 1874 Constitutions & documents politiques, p 848 M. DUVERGER P.U.F. 1989

l'utilisation par le juge de " la règle de raison "⁽⁶¹⁰⁾, équivalent de notre règle du bilan, pour apprécier la rationalité de la norme.

Le cas italien montre que cette subordination de la loi locale à la loi centrale a été entendue par la Cour Constitutionnelle italienne (⁶¹¹) pour laquelle " Les régions devant ...être considérées comme des organes représentatifs d'intérêts de niveau régional, il convient d'admettre que l'ordre constitutionnel, en tant qu'il impose une individualisation de ces intérêts au sein des régions ... exige, ... que revienne à l'Etat la protection des intérêts unitaires, qui sont tels dans la mesure où ils ne sont pas susceptibles d'un fractionnement territorial"⁽⁶¹²⁾.

Au Portugal le pouvoir législatif des régions autonomes est très encadré comme l'affirme le Tribunal Constitutionnel en déclarant: "le pouvoir législatif régional est un pouvoir conditionné, assujéti à des limites diverses: il peut seulement traiter des matières présentant un intérêt spécifique pour la région concernée et qui n'ont pas été réservées à la compétence propre des organes de souveraineté; outre le fait de devoir obéissance à la Constitution, il ne peut édicter des normes contraires aux lois générales de la République...."⁽⁶¹³⁾.

Il peut se faire donc, que dans des Etats dits fédéraux cette œuvre interprétative tende à gommer le caractère fédéral au profit du caractère unitaire. Ainsi en Allemagne non seulement l'article 31 de la Loi fondamentale du 23 Mai 1949 affirme la primauté du droit fédéral sur le droit local mais en outre la "Bundestreue ou fidélité fédérale" dégagée par le Tribunal constitutionnel a renforcé la potentialité unitaire de l'Etat.

Même si cette notion ne doit pas être comprise " comme une obligation en quelque sorte unilatérale des Etats-membres à l'égard de la "Fédération", de l'"Etat central", de la "Communauté", mais comme une fidélité due de part et d'autre, de la part de la Fédération et

⁶¹⁰.G. BURDEAU Traité de science politique, tome IV, p. 461 L.G.D.J. 1969

⁶¹¹.S. FLOGAITIS La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie, p. 222, L.G.D.J. 1979

⁶¹².Cour Constitutionnelle Italienne, Décision 138 du 24/7/1972, Documents d'études -Le contrôle de constitutionnalité II- p. 34, La documentation Française 1987

⁶¹³.Tribunal Constitutionnel du Portugal décision 190:/87 du 4/6/87 La justice constitutionnelle au Portugal, cité par F. MODERNE dans " Les régions autonomes dans la jurisprudence constitutionnelles du Portugal", p. 357 ECONOMICA 1989

de la part des Etats-membres, au principe fédéral, c'est à dire à l'idée selon laquelle la structure fédérale implique complémentarité des deux niveaux qui s'épaulent et s'appuient mutuellement, ..."(⁶¹⁴), il n'en apparaît pas moins que c'est le principe unitaire contenu dans l'idée de fédéralisme qui se trouve ainsi consacré, dans la mesure cette notion se présente "comme un principe qui, à la lumière de considérations supérieures, peut imposer des limites à l'exercice d'un pouvoir formellement accordé"(⁶¹⁵).

Le contrôle tant administratif que juridictionnel de nos collectivités locales offrent à l'envie des exemples de l'étendue du pouvoir d'appréciation des " normes subjectives " en France.

La notion d'équilibre réel du budget même éclairée par les dispositions de la loi 82-213 du 2 Mars 1982 est de cette nature en ce qu'il repose notamment sur une évaluation sincère des recettes et dépenses. Ceci conduira le Préfet à exercer "un contrôle de vraisemblance portant à la fois sur les recettes et les dépenses"(⁶¹⁶).

Les Chambres régionales des Comptes ont précisé le contenu de la notion en considérant que ne doivent "figurer au budget... (que) des recettes dont le principe est acquis,"(⁶¹⁷) tout en reconnaissant que les ruptures peu importantes d'équilibre ne mettaient pas en cause " substantiellement l'équilibre réel du budget "(⁶¹⁸) alors que selon la circulaire du ministère de l'Intérieur la "saisine de la Chambre n'est pas liée à l'importance du déséquilibre constaté"(⁶¹⁹).

De même l'appréciation de la carence de l'autorité municipale autorisant de s'y substituer, illustre la marge de manœuvre dont dispose le Préfet dans son pouvoir de contrôle.

⁶¹⁴.H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, Une notion capitale du droit constitutionnel allemand: La Bundestreue, R.D.P. 1979 p. 770

⁶¹⁵.Ibid. 787

⁶¹⁶.J. CATHELINÉAU Le contrôle du budget Encyclopédie DALLOZ Collectivités locales, p. 7052-19

⁶¹⁷.J.L. CHARTIER & A. DOYELLE La notion de sincérité des évaluations budgétaires, A.J.D.A. 1984 p. 164

⁶¹⁸.Ibid. p. 166

⁶¹⁹.cité par J. CATHELINÉAU Le contrôle du budget Encyclopédie DALLOZ Collectivité locale, p. 7052-18

Elle peut se situer dans la procédure lorsque le Préfet n'effectue pas la mise en demeure préalable en matière de police (⁶²⁰).

Elle peut résider dans l'appréciation du fond. Ainsi avant la loi de 1982, l'article L 122-14 prévoyait d'une façon générale la substitution du Préfet au Maire négligent (cette disposition ne subsiste aujourd'hui que pour le Maire, agent de l'Etat). Cette faculté d'abord interprétée comme autorisant la substitution lorsque le Maire n'exécutait pas une délibération du Conseil Municipal a été par la suite interprétée comme autorisant la substitution lorsque la loi mettait à la charge du Maire une obligation d'agir. La carence, la négligence sont affaires d'espèce et donc subjectivement appréciées (⁶²¹).

Dès lors contrairement à l'affirmation de Ch. EISENMANN c'est bien à l'effet du pouvoir de contrôle et non aux conditions de son exercice qu'il convient de s'attacher (⁶²²). Le contrôle de légalité n'est pas en lui-même protecteur de la faculté de statuer locale.

Le bénéfice de la chose légiférée ou décidée dont peut se prévaloir éventuellement le "contrôleur" avant d'être lui-même le cas échéant contrôlé, donne encore plus d'acuité à la question de la définition des prérogatives des organes centraux.

C'était donc à juste titre que la doctrine classique s'attachait à l'effet du pouvoir de réformation, d'instruction, d'autorisation, d'annulation et de substitution.

Cette conclusion a une conséquence importante sur la définition des notions puisque dans la thèse de Ch. EISENMANN la *summa divisio* entre centralisation et décentralisation est l'absence de relations hiérarchiques entre organes centraux et locaux liée à l'absence de pouvoirs discrétionnaires des premiers sur les seconds.

⁶²⁰.L. MORGAND La loi municipale, tome 1, p. 610 & s BERGER-LEVRAULT 1963, J. MOREAU Les autorités de police municipale, Encyclopédie DALLOZ Collectivités locales, p. 2210-18

⁶²¹.L. MORGAND La loi municipale, tome 1, p. 294 & s BERGER-LEVRAULT 1963, F.P. BENOIT Fonctionnement de la municipalité Encyclopédie DALLOZ Collectivités locales, p. 532-29

⁶²².Ch. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p. 107 & s et p. 165 & s L.G.D.J. 1948

Les propos précédents écartent cette conclusion et exigent de fonder la distinction sur d'autres critères.

CHAPITRE II) L'organisation des facultés de statuer et d'empêcher, critère de la centralisation - décentralisation

La répartition des facultés entre organes centraux et non centraux sera le critère déterminant chaque mode de production des normes. Il convient donc de poser les principes de cette répartition avant d'examiner les combinaisons permettant les diverses qualifications du mode de production des normes.

Sous - Chapitre I) Les principes régissant cette organisation

Pour que la question de la centralisation - décentralisation se pose, il faut que des organes centraux et non centraux disposent d'une faculté de statuer. S'agissant de distinguer centralisation et décentralisation, toute disposition d'une faculté de statuer ne caractérisera pas telle ou telle organisation du pouvoir normatif. Seule l'exclusivité de la faculté de statuer d'un organe central caractérisera la centralisation et seule cette même exclusivité au profit d'un organe non central caractérisera la décentralisation. Il convient donc d'organiser l'exclusivité des organes centraux et non centraux sur leur faculté de statuer. La division de la faculté de statuer ne garantit pas cette exclusivité (Section I) que seule une faculté d'empêcher réciproque est susceptible d'assurer (Section II)

Section I) Les modalités de la division de la faculté de statuer ne garantissent pas le monopole de son exercice

La division de la faculté de statuer entre organes centraux et non centraux n'est pas susceptible de garantir le monopole des organes du fait notamment de la contestation de l'applicabilité des principes y présidant, à l'Etat (I) et de la vanité de la mise en œuvre des principes (II).

I) L'insuffisance des principes limitant la capacité des organes.

Diviser la faculté de statuer implique de déterminer la compétence, la capacité des organes qui en sont dotés et donc dans l'hypothèse de la décentralisation que cette capacité puisse être limitée. Cette limitation repose sur des principes qui n'ont pas une réelle valeur opératoire (A) et dont l'application à l'Etat est contestée (B).

A) L'absence de caractère opératoire de l'octroi d'une capacité juridique limitée ⁽⁶²³⁾

Cette capacité est limitée car elle est finalisée et spécialisée.

1) L'insuffisance d'une capacité finalisée

" Que ce soient les actes juridiques de droit public, que ce soient les actes juridiques de droit privé, tous sont orientés vers un certain résultat qui est au-delà du droit. Tous sont finalisés, c'est à dire suspendus à, dirigés vers un but extra et méta juridique "⁽⁶²⁴⁾.

Ce but, qui conditionne la validité des actes ⁽⁶²⁵⁾, c'est l'intérêt général ⁽⁶²⁶⁾. Ce but s'impose aux organes centraux ⁽⁶²⁷⁾ et non centraux ⁽⁶²⁸⁾ dans l'exercice de leur fonction normative.

⁶²³J.C. DOUENCE considère qu'il ne convient pas d'évoquer ainsi la capacité car capacité et spécialité fonctionnent sur deux registres juridiques différents, cf.; La spécialité des personnes publiques en droit administratif, p. 762, R.D.P. 1972. Si dans l'ordre juridique, la capacité est la possibilité de faire des actes juridiques («l'aptitude à l'activité juridique" écrit J.L. AUBERT dans son Introduction au droit, p. 236, Coll. A.COLIN, 1986), elle est liée nécessairement à la définition des conditions de cette capacité qui varieront selon les personnes et selon les actes. Or, l'aptitude des personnes publiques pour édicter des prescriptions peut être formulée sur le modèle des raisonnements mathématiques, à savoir " si et seulement si " elle s'exerce dans l'intérêt général. Cette idée est exprimée par J. MOREAU lorsqu'il pose " le principe de conformité à l'intérêt général " qui en raison du caractère vague de la notion d'intérêt général exige "que les compétences des autorités administratives puissent être parfois plus étroitement finalisées ou spécialisées "; Droit administratif, p 198, Coll. Droit fondamental, P.U.F.1989

⁶²⁴Ch. EISENMANN Cours de droit administratif, p. 271, tome 2, L.G.D.J. 1983

⁶²⁵. " ... tout acte des gouvernants est sans valeur quand il poursuit un but autre qu'un but de service public ". L. DUGUIT Traité de droit constitutionnel, p. 62, tome 2, BOCCARD 1928

⁶²⁶M.P. DESWARTE établit une antinomie entre intérêt général et bien commun en se fondant sur l'idéologie et les pratiques des révolutionnaires de 1789 et de leurs successeurs qui ont conduit à réifier l'intérêt général, à le désincarner dans le cadre de l'équation: volonté des représentants= volonté générale= intérêt général. M.P. DESWARTE Intérêt général et bien commun, R.D.P. 1988, p. 1289 & s; sur le "bien commun local" comme fondement de la capacité locale, cf. J.M. PONTIER L'Etat et les collectivités locales, p. 176 & s, L.G.D.J. 1978

⁶²⁷cf. par ex. en matière de police C.E. 24/6/1960 FRAMPAR G.A.J.A, p. 584 & s, en matière de service public C.E. 13/11/1953 Ch. Synd. des industries et du commerce des cartouches de chasse D.54, p 553 (illégalité de la création car non expressément décidée par le législateur seul habilité à reconnaître le caractère d'intérêt général d'une activité)

Ce but est poursuivi par l'ensemble des personnes publiques dotées d'un pouvoir normatif, il n'apparaît donc pas a priori comme un élément susceptible de permettre la division de la faculté de statuer entre organes centraux et non centraux. L'a priori peut être nuancé, car ce but d'intérêt général exige " que les règles édictées ... constituent effectivement des moyens de l'atteindre "⁽⁶²⁹⁾.

Cette exigence seconde est à l'origine de l'organisation territoriale du pouvoir ⁽⁶³⁰⁾ et de la division organique de la faculté de statuer. Ce dernier aspect apparaît nettement comme le moyen d'assurer l'effectivité du but d'intérêt général poursuivi. Le décret du 25 mars 1852 sur la décentralisation administrative l'exprime en constatant que "... des abus et des exagérations de tout genre ont dénaturé le principe de notre centralisation administrative, en substituant à l'action prompte des autorités locales les lentes formalités de l'administration centrale" ⁽⁶³¹⁾. Pour y remédier, car "on administre bien que de près" ⁽⁶³²⁾, le décret opère une division de la faculté de statuer, qu'il appelle décentralisation.

Aujourd'hui ce souci de bonne administration, d'effectivité du but d'intérêt général s'exprime dans la notion de subsidiarité qui constitue non seulement le vecteur de "l'équilibre entre sphère de la liberté du citoyen et celle de l'autorité de l'Etat"⁽⁶³³⁾ mais aussi un élément pour la répartition du pouvoir entre l'Etat et des organes locaux dans la mesure où, si " l'Etat peut et

⁶²⁸.Cf. par ex. l'arrêt du C.E. du 23/12/1970 commune de Champigny, R.D.P. 1971 p. 248 qui rappelle cette obligation: " ... dans les conditions où il était organisé, ce service répondait à un besoin de la population et donc à un intérêt public local ...". cf. pour des exemples d'absence d'intérêt public C.E. 26/10/1973 GRASSIN, A.J.D.A. 1974, p 34 et T.A. d'ORLEANS 5/7/1970 Assoc. des riverains du Vieux Cher ... R.J.C.O. 1991, n° 8, p. 72

⁶²⁹.Ch. EISENMANN Cours de droit administratif, p. 278, tome 2, L.G.D.J. 1983

⁶³⁰. Ainsi THOURET dans son rapport sur la constitution présentait un projet d'établissement des assemblées administratives " instituées dans l'ordre du pouvoir exécutif, (elles) en seront les instruments et les organes. Subordonnées directement au roi, comme administrateur suprême, elles recevront ses ordres et les transmettront, les feront exécuter et s'y conformeront ". THOURET Rapport sur la constitution, Séance Assemblée constituante du 29 Septembre 1789, p. 530 Réimpression de la Gazette Nationale, PLON 1860

⁶³¹.Exposé des motifs du décret du 25/3/1852 sur la décentralisation administrative dans le recueil de J. IMBERT, G. SAUTEL & M. BOULET-SAUTEL Histoire des institutions et des faits sociaux, p. 391, Coll. Thémis, Textes et documents, P.U.F. 1961

⁶³².Ibid.

⁶³³.M.P. DESWARTE Intérêt général et bien commun, R.D.P. 1988 p. 1307

doit accomplir seul ses propres fonctions au service du bien commun général et universel et pour la réalisation de la justice distributive; il accomplit ces fonctions ... en assumant un rôle d'aide, de secours, de subsidiarité par rapport aux autres sociétés, dans la mesure où celles-ci ne parviennent pas à la solution des problèmes qui leur reviennent normalement "⁽⁶³⁴⁾.

La subsidiarité peut expliquer et justifier une certaine organisation de l'Etat dans la mesure où elle " fournit une réponse à la question abstraite de savoir, qui dans une organisation complexe, doit disposer des compétences et des pouvoirs "⁽⁶³⁵⁾. Cependant et en définitive il convient d'admettre que la réponse fournie par le principe de subsidiarité dans la recherche de l'efficience de la capacité, n'est pas opératoire pour l'organisation des facultés de statuer dans un ordre juridique, puisqu'elle consiste dans l'affirmation de la compétence de celui qui donne au but d'intérêt général sa meilleure effectivité ⁽⁶³⁶⁾. Cette appréciation sera plus aisée à formuler a posteriori qu'a priori d'une part et son contenu pourra varier selon les données du problème (nature de la compétence, importance de la collectivité non centrale, temps, ...), d'autre part. Ainsi le principe de subsidiarité permettra a posteriori, aussi bien de reconnaître pour un même problème, en même temps ou successivement, la compétence de l'organe central et de l'organe non central.

Il n'est donc pas voué à la préservation exclusive des compétences des organes non centraux ⁽⁶³⁷⁾ pour lesquels il présente néanmoins l'intérêt de conduire les gouvernants à "admettre le bien fondé de l'idée selon laquelle les autorités locales doivent disposer de certains pouvoirs"⁽⁶³⁸⁾. Il n'assortit pas nécessairement cette reconnaissance des moyens permettant la préservation de ces pouvoirs.

⁶³⁴.J.Y. CALVEZ & J. PERRIN *Eglise et société économique*, p. 415, cités par J.M. PONTIER dans *L'Etat et les collectivités locales*, p. 43, L.G.D.J. 1978

⁶³⁵.J.M. PONTIER *La subsidiarité en droit administratif*, R.D.P. 1986, p. 1533

⁶³⁶.Ceci montre que la subsidiarité inspire le principe de proportionnalité utilisé par le juge administratif en France

⁶³⁷.Cette ambivalence de la subsidiarité a été remarquée au niveau européen. Cf. Rapport public du Conseil d'Etat pour 1992, p. 25

⁶³⁸.Ibid.

Il faut un complément. Le principe de spécialité pourrait l'être car " l'affectation à l'intérêt général qui imprègne tout le droit public (sera) renforcée par une affectation à une mission déterminée qui caractérise la spécialité de l'établissement "(⁶³⁹).

2) L'insuffisance d'une finalité spécialisée

La faculté de statuer résulte de la reconnaissance au profit d'un organe d'une capacité juridique, c'est à dire la capacité de faire des actes juridiques. La compétence personnelle des organes a pour objet de définir le champ de cette capacité. En cela, elle représente "un principe d'ordre" (⁶⁴⁰) qui souffre toutefois de l'absence de critères répartiteurs.

Selon Ch. EISENMANN, deux critères s'offrent pour définir cette compétence personnelle: la compétence *ratione personae* et la compétence *ratione loci*. Il rejette le critère matériel pour définir la question de la centralisation - décentralisation car les affaires, matières et objets ne sont intéressants, que si l'homme entretient un rapport avec elles (⁶⁴¹). Cependant il reconnaît que la "compétence territoriale" et la "compétence matérielle", telles que les envisagent la doctrine, constituent " des étalons de mesure de la compétence personnelle "(⁶⁴²). Il se refusera toujours malgré tout à insérer le critère matériel au sein de la compétence personnelle comme en atteste le fait de considérer que la matière est un élément objectif des normes alors que la compétence personnelle, serait un élément subjectif (⁶⁴³).

Même en considérant le critère matériel comme un élément de la compétence personnelle, il est vain de vouloir opérer grâce à lui une répartition des compétences. Cet aveu d'impuissance du critère matériel pour organiser l'exercice des facultés de statuer reconnues à l'Etat et aux collectivités est la conséquence de l'impossible définition de ce qui est central ou non central

⁶³⁹.J.C. DOUENCE La spécialité des personnes publiques en droit administratif, R.D.P. 1972, p. 767

⁶⁴⁰.R. CHAPUS Droit administratif général, p. 277, tome 1, MONTCHRESTIEN 1992

⁶⁴¹.Ch. EISENMANN Centralisation - décentralisation, p. 57, L.G.D.J.1948

⁶⁴².Ibid. p. 63

⁶⁴³.Ch. EISENMANN Cours de droit administratif, p. 249 & s, tome 2, L.G.D.J. 1983

(⁶⁴⁴). Généralement on fait ce constat à propos des collectivités locales lors de la recherche de l'affaire locale (⁶⁴⁵) mais l'on oublie la figure symétrique, à savoir l'impossible définition de l'affaire étatique. En effet l'absence d'affaires locales implique nécessairement l'absence d'affaires étatiques sinon l'on ne comprendrait pas que de l'une, on ne puisse déduire l'autre.

Opérer la division des facultés sur la base du critère *ratione loci*, apparaît dès lors comme la seule solution réellement opératoire. La facilité que présente la réalité physique est cependant un leurre. En effet le territoire des collectivités ou des circonscriptions est inclus dans celui de l'Etat et ainsi quand bien même dirait-on que tel organe est compétent pour régler la situation des hommes entretenant avec un territoire certains rapports, il resterait à déterminer si l'organe est compétent pour régler toutes les situations (*quid des relations extérieures par ex.?*) d'une part et sur quels rapports avec le territoire se fonderait-on pour établir cette compétence (ce qui renvoie au critère *ratione personae*) d'autre part.

La difficulté, voire l'impossibilité de dégager un critère susceptible d'organiser le partage de la faculté de statuer tient au fait que ce partage porte " la marque étatique " du fait de l'intégration des pouvoirs des collectivités dans l'ordre juridique étatique " qui par hypothèse leur est supérieur et les englobe " (⁶⁴⁶). Au terme de sa recherche relative à la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales J.M. PONTIER considère que " la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales est un problème faussement technique. C'est une question de philosophie politique qui traduit la place reconnue aux collectivités locales dans la nation ". Ceci découle du fait "qu'une telle répartition n'a jamais été faite" et même aurait-elle été faite qu'elle " serait toujours à refaire ". Cette impuissance tient au " partage du pouvoir de décision " (⁶⁴⁷) qui traduit pour J.M. PONTIER " la perte de

⁶⁴⁴.J.M. PONTIER écrit: " Il n'y a pas de fonction qui soit proprement locale, toutes les fonctions accomplies par les collectivités sont également des fonctions étatiques ". L'Etat et les collectivités locales - la répartition des compétences – p. 307, L.G.D.J. 1978

⁶⁴⁵.J.CHAPUISAT Les affaires communales, p. 470 A.J.D.A. 1976; J.M. PONTIER *Semper manet*. Sur une clause générale de compétence, p. 1443 R.D.P. 1984

⁶⁴⁶.J.M. PONTIER L'Etat et les collectivités locales, p. 306, L.G.D.J. 1978

⁶⁴⁷.Ibid. p. 572 et J.C. NEMERY De la liberté des communes dans l'aménagement du territoire, p. 34 & s et p. 153 & s, L.G.D.J.1981

signification de la notion de répartition matérielle des compétences pour désigner l'autorité disposant du pouvoir de décision..."⁽⁶⁴⁸⁾.

En tout état de cause, l'Etat ne serait pas susceptible de voir sa capacité limitée.

B) Une limitation de la capacité de l'Etat contestée

Affirmer que centralisation et décentralisation sont deux hypothèses de monopole de la faculté de statuer ⁽⁶⁴⁹⁾, renvoie à la spécialité des organes, c'est à dire à leur capacité pour agir.

Cette spécialité est toujours admise pour les établissements publics, elle est contestée pour les autres personnes de droit public et particulièrement l'Etat sur lequel se concentrera la réflexion.

" L'Etat est, comme les autres personnes morales, soumis au principe de spécialité "⁽⁶⁵⁰⁾. Cette affirmation est loin de faire l'unanimité puisque certains auteurs admettent la spécialité des personnes publiques, à l'exception toutefois, de l'Etat, comme en témoigne cette sentence de G. BRAIBANT: " L'Etat par définition n'a pas de spécialité ... "⁽⁶⁵¹⁾.

Dire que l'opinion est générale ⁽⁶⁵²⁾, serait abusif mais la portée de l'affirmation contraire demeure évanescence ⁽⁶⁵³⁾ ou pour le moins platonique; comme en atteste ce propos de M.

⁶⁴⁸.J.M. PONTIER L'Etat et les collectivités locales - La répartition des compétences – p. 572 & s L.G.D.J. 1978

⁶⁴⁹.S. REGOURD écrit à cet égard: " Le respect de l'initiative des organes non centraux constitue le dénominateur commun des divers procédés reconnus comme modalités d'expression de la tutelle. Mais cette caractéristique commune, ... pourrait n'avoir qu'une valeur contingente. S'il n'en est pas ainsi c'est qu'elle fonde également l'exclusion des procédés jugés antinomiques de la tutelle ". L'acte de tutelle en droit administratif français, p. 202, L.G.D.J. 1982

⁶⁵⁰.M. MICHOUX cité par J.C. DOUENCE dans "La spécialité des personnes publiques en droit administratif", R.D.P. 1972, p. 781

⁶⁵¹.G. BRAIBANT conclusions C.E. 29/4/1970 Sté UNIPAIN, A.J.D.A. 1970, p. 430; voir aussi sur cet arrêt le commentaire de M. WALINE concernant le principe de liberté du commerce & de l'industrie; R.D.P. 1970, p.1423

⁶⁵².Elle est portée par des auteurs de renom; ainsi par ex. R. CHAPUS écrit: " Le principe gouverne l'activité de toute personne morale, publique ou privée, à l'exception nécessaire de l'Etat"; Droit administratif général, p. 277, MONTCHRESTIEN 1990 ou G. VEDEL & P. DELVOLLE qui écrivent: "Les personnes morales publiques ou privées (à l'exception de l'Etat) voient leur activité, leur capacité limitées par le principe de spécialité, qui leur interdit de faire des actes ne se rapportant pas à l'objet qui est le leur "; Droit administratif, tome 2, p. 386

WALINE ⁽⁶⁵⁴⁾ pour lequel " il n'est pas de personnes morales qui ne soient plus ou moins spécialisées. L'Etat lui-même, à moins qu'il ne soit totalitaire, laisse de côté, par exemple, le spirituel; il n'impose à ses sujets ni religion, ni conception métaphysique sur l'essence du monde " ⁽⁶⁵⁵⁾.

Refus et acceptation de la spécialité étatique s'appuient sur les notions de personnalité morale ⁽⁶⁵⁶⁾ (1) et de compétence générale ⁽⁶⁵⁷⁾ (2); les deux notions n'étant pas indifférentes l'une à l'autre.

1) Le refus d'application à l'Etat des conséquences de la personnalité morale

" Le principe de spécialité est inhérent à la personnalité morale: il se fonde sur l'existence d'un but à atteindre " ⁽⁶⁵⁸⁾. Sans rejeter l'idée de personnalité morale de l'Etat ⁽⁶⁵⁹⁾, certains auteurs

⁶⁵³.par ex. J.C. DOUENCE écrit: " le principe de spécialité a ... sa place dans l'organisation générale de l'Etat, même si par son étendue et sa souplesse, il perd une bonne part de sa spécificité ", La spécialité des personnes publiques en droit administratif, R.D.P. 1972, p. 782; ou encore J.M. PONTIER qui écrit: " Il n'y a rien de choquant à considérer que l'Etat, comme toutes les personnes publiques, est soumis au principe de spécialité. Mais, ainsi posé, le problème est largement insoluble puisque l'on arrive à dire que, plus ou moins, toutes les personnes publiques sont soumises au principe de spécialité ", R.D.P. 1984, p. 1465

⁶⁵⁴.M. WALINE Traité de Droit administratif, p. 363, SIREY 1959

⁶⁵⁵.Même aux Etats Unis d'Amérique, Etat a priori "non totalitaire", le spirituel n'est pas laissé de coté, puisque dans la décennie passée suite aux propos de R. REAGAN, une dizaine d'Etats ont adopté des lois tendant à imposer la présentation du récit biblique de la Genèse comme théorie rivale de la théorie darwinienne; "la dernière de ces lois ne sera abolie qu'en 1987 " cf. D. LECOURT Toujours le combat des valeurs contre Darwin, LE MONDE DIPLOMATIQUE, Manière de voir "Etats-Unis, Fin de siècle", n° 16, Oct.1992

⁶⁵⁶.cf. à cet égard C.E. 29/4/1970 Unipain, A.J.D.A 1970, p. 430 dans lequel le juge déclare: " Considérant que le principe de spécialité, qui concerne les personnes morales de droit public ..."

⁶⁵⁷.Compétence générale qui exclurait du principe les personnes qui en seraient dotées. cf. ce même arrêt dans lequel le juge déclare que le principe ne s'applique qu'aux " personnes morales de droit public ayant une compétence limitée ..."

⁶⁵⁸.J.C. DOUENCE La spécialité des personnes publiques en droit administratif, p. 761, R.D.P. 1972

⁶⁵⁹.Sur ce rejet cf. J. CARBONNIER qui écrit: " ... c'est par un abus technique que le droit public libéral du XIX^{ème} siècle, l'a coulé dans la notion de personne morale, pour faire redescendre de l'empyrée, les vieilles idées du souverain et du prince. L'Etat est un concept irréductible à tout autre. Il n'est pas dans le système du droit, il est ce système." Droit civil, tome 1, p. 364, coll. Thémis, P.U.F. 1982 ou L. DUGUIT Traité de droit constitutionnel, tome 1, p. 481 & s, BOCCARD, 1927.

Bien modestement, je me demande, si en matière d'organisation du pouvoir normatif, la théorie des personnes morales est d'une quelconque utilité? Il suffit de constater à cet égard que la théorie de la séparation des pouvoirs se dispense de la personnalité morale, pour ne s'attacher qu'aux organes. Les autorités administratives indépendantes en sont aujourd'hui la preuve manifeste.

montrent, que les conséquences de la personnalité s'accommodent mal avec l'Etat alors que pour d'autres les collectivités étant entrées " dans la sphère du droit ... il n'y a pas de raison pour que la question de la jouissance du droit et de la capacité juridique ne soit pas posée à leur occasion "(⁶⁶⁰).

Cette volonté d'échapper aux conséquences de la personnalité se manifestera dans la théorie de l'Etat - Nation et de l'Etat - Collectivité (⁶⁶¹) dans laquelle la personnalité de l'Etat - Nation doit être admise puisque " la science du droit se limite ... ici à constater ... "(⁶⁶²).

Ce qui gêne dans la reconnaissance de la personnalité morale de l'Etat, c'est la limitation de capacité qui s'en- suit et à laquelle échappait R.CARRE DE MALBERG en faisant de l'Etat, personne morale, la personnification de la Nation souveraine (⁶⁶³).

La personne morale se caractérise en effet, par une capacité de jouissance (⁶⁶⁴), c'est à dire " l'aptitude à être titulaire de tels ou tels droits "(⁶⁶⁵) qui se distingue de la capacité d'exercice "qui est l'aptitude à pouvoir exercer soi-même et sans autorisation les droits dont on est titulaire"(⁶⁶⁶).

⁶⁶⁰.M. HAURIOU Précis élémentaire de droit administratif, p. 30, SIREY 1938

⁶⁶¹F.P. BENOIT écrit: "... en ce qui concerne l'Etat, ...; celui-ci a, ..., deux catégories de missions, de création du droit et de gouvernement, d'une part, et, d'autre part, de prestations de services et d'exercice de compétences définies par le droit ... Ces deux catégories de missions sont trop hétérogènes pour qu'il soit permis de les analyser comme étant les missions d'une seule et même personne ... C'est donc dire que le vocable Etat cache deux personnes juridiques distinctes: l'Etat - Nation, source du droit interne, et l'Etat -Collectivité, subordonné à ce droit comme toute autre collectivité. " Le droit administratif français, p. 25, DALLOZ 1968

⁶⁶².Ibid. p. 28

⁶⁶³.R. CARRE DE MALBERG Contribution à la théorie générale de l'Etat, p. 13, réimpression de l'éd. SIREY 1920, C.N.R.S. 1962

⁶⁶⁴.J. CARBONNIER Droit civil, tome 1, p 385, Coll. Thémis, P.U.F.1982,

⁶⁶⁵.L. JULLIOT DE LA MORANDIERE Droit civil, tome 1, p. 27, Dalloz 1965. Ainsi par exemple le Conseil municipal qui règle par ces délibérations les affaires communales

⁶⁶⁶.Ibid. Ainsi par exemple le Conseil municipal qui ne règle les affaires communales que si le Maire le réunit (il a cependant une capacité d'exercice minimale) et dans les limites de l'ordre du jour de la réunion

Il est clair qu'aux personnes morales est attachée une capacité conditionnelle qui résulte de la subordination " à un principe de spécialité, ce qui signifie que leur activité ne peut s'étendre à d'autres objets " que ceux qui leur ont été assignés (⁶⁶⁷).

Cette idée de capacité de jouissance concernant l'Etat, n'est pas reçue par la doctrine (⁶⁶⁸), y compris parmi les auteurs favorables à la reconnaissance de la spécialité de l'Etat.

Ceci va se manifester tout d'abord par la distinction de la capacité et de la spécialité (⁶⁶⁹). J.C. DOUENCE va établir cette différence en considérant qu'" une association déclarée est incontestablement capable d'acquérir des immeubles à titre onéreux. Pourtant une telle acquisition ne sera régulière que si elle sert au fonctionnement de l'association; elle sera irrégulière si elle vise un autre but ..."(⁶⁷⁰). Or ici l'auteur considère que l'association est titulaire d'un droit, hors toute considération de but; qu'elle ne saurait exercer, que si et seulement si elle l'exerce dans le but pour lequel elle a été créée. Il raisonne comme si la capacité des personnes morales était une capacité d'exercice soumise à des restrictions et non une capacité de jouissance. Les personnes morales ne disposent pas en soi de la capacité juridique, c'est ce qui les distingue des personnes physiques.

Ce rejet de l'idée d'une capacité de jouissance applicable à l'Etat se manifeste, ensuite, dans l'invocation de la compétence générale des collectivités territoriales (⁶⁷¹).

2) Le rejet du caractère limité de la compétence générale de l'Etat

⁶⁶⁷.J.L. AUBERT Introduction au droit, p. 189, Coll. A.COLIN 1984

⁶⁶⁸.M. HAURIOU n'éludait pas la question puisqu'il s'interrogeait à ce propos et intitulait un paragraphe de son précis: " Mesure dans laquelle les administrations publiques ont la jouissance des droits de puissance publique " et il n'était pas possible de dire qu'en fait il évoquait une capacité d'exercice, puisqu'un autre paragraphe s'intitulait: " De la capacité avec laquelle les administrations publiques peuvent exercer leurs droits et des incapacités qui peuvent les frapper". Concernant la capacité de jouissance, sa réponse manquait de clarté pour ce qui concerne l'Etat, puisqu'il faisait résulter cette capacité d'"une concession de l'Etat, opérée par voie législative." Précis élémentaire de droit administratif, p. 31 & 32, SIREY, 1938

⁶⁶⁹.J.C. DOUENCE La spécialité des personnes publiques en droit administratif, p. 761, R.D.P. 1972

⁶⁷⁰.Ibid. p. 762

⁶⁷¹.J.M. PONTIER associe reconnaissance de la spécialité étatique et rejet du caractère opératoire de l'affirmation. Il écrit: " Parler de généralité de compétence ne peut évidemment signifier compétence illimitée. L'on peut donc admettre, ..., que la compétence des collectivités publiques territoriales est plus ou moins limitée, l'essentiel tenant dans ce plus ou moins ". Sur une clause générale de compétence, R.D.P. 1984 p. 1465

L'idée de compétence générale apparaît a priori en contradiction avec celle de spécialité, d'autant que la compétence générale serait renforcée par l'absence de contrôle de l'Etat qui "n'a au-dessus de lui aucune autorité qui puisse lui commander et l'obliger à respecter ce principe"⁽⁶⁷²⁾.

Tout en reconnaissant que " le principe de spécialité vaut pour l'Etat "⁽⁶⁷³⁾, J.C. DOUENCE montre qu'il a un impact juridique limité du fait de la vocation générale de l'Etat.

L'incompatibilité de la compétence générale avec le principe de spécialité résulte de la distinction entre collectivités à caractère fondatif et à caractère corporatif. Le caractère fondatif résulte de " l'affectation par une volonté extérieure ... (du) but assigné " à l'organe ⁽⁶⁷⁴⁾, tandis que le caractère corporatif provient de ce que " le but commun, d'où découle la spécialité, est fixé non par une volonté étrangère, mais par la volonté même du groupe "⁽⁶⁷⁵⁾. Or si " cette dernière caractéristique ne définit pas l'Etat, puisqu'elle se retrouve chez toutes les personnes à caractère corporatif qui précisent elles-mêmes leur spécialité en fonction de leur nature propre. ... elle est beaucoup plus poussée pour l'Etat dans la mesure où il n'est pas soumis à des limitations extérieures "⁽⁶⁷⁶⁾.

Cependant l'idée que le but des collectivités à caractère corporatif serait fixé sans ingérence d'"une volonté étrangère" est en contradiction avec une vérité que J.C. DOUENCE rappelait dans son article et selon laquelle "l'idée d'affectation à une tâche déterminée par une volonté extérieure "se retrouve en droit public" car elle est inhérente à la notion générale de compétence"⁽⁶⁷⁷⁾.

⁶⁷².M. MICHOUUD cité par J.C. DOUENCE dans La spécialité des personnes publiques en droit administratif, p.781, R.D.P. 1972

⁶⁷³.J.C. DOUENCE La spécialité des personnes publiques en droit administratif, p. 783, R.D.P.1972

⁶⁷⁴.Ibid. p. 765

⁶⁷⁵.ibid. p. 770

⁶⁷⁶.Ibid. p. 781

⁶⁷⁷Ibid. p. 766

L'absence de contrôle de l'Etat est l'argument par lequel J.C. DOUENCE entend affirmer à la suite de M. MICHOUUD (⁶⁷⁸), que la clause de compétence générale n'impliquerait pas limitation de l'Etat et soumission en définitive au principe de spécialité.

Le raisonnement doit être rejeté car la question de la centralisation - décentralisation ne se posant au mieux qu'au niveau de la norme seconde (quelle qu'elle soit - loi ou règlement -), dans tout Etat, cette norme seconde est soumise à un contrôle et ainsi il est faux de dire que l'Etat ne peut être sanctionné. Par ailleurs si l'organisation de la production de la norme seconde a été divisée entre organes centraux et non centraux, la spécialité de l'Etat (c'est à dire la spécialité des organes centraux) est pour le moins et logiquement égale à sa prétendue compétence générale diminuée des compétences conférées aux organes non centraux. Enfin, il ressort de l'extension du contrôle de constitutionnalité des lois, y compris dans les Etats unitaires, que la compétence générale de l'Etat se réduit en matière législative à ce que le juge constitutionnel admet. L'addition de ces réductions tant législatives que réglementaires entame sérieusement l'idée de compétence générale et renforce l'idée de spécialité.

Pour conclure sur ce point, il convient de remarquer que le raisonnement des auteurs concernant cette clause de compétence générale, repose sur l'a priori qu'elle traduit une capacité d'exercice, qui peut être plus ou moins limitée. Or, on l'a dit, la capacité dont dispose l'Etat et les autres personnes morales est une capacité de jouissance spéciale, ce qui la distingue de celle des personnes physiques qui, sauf exception marginale est générale. La capacité de jouissance des personnes publiques, c'est à dire l'aptitude à prendre des actes juridiques est au plus égale à la poursuite d'un but d'intérêt général non prédéterminé et au moins à la poursuite d'un but d'intérêt général prédéterminé. En d'autres termes, la spécialité traduit le fait que les personnes publiques ne disposent que d'une capacité de jouissance, celle-ci pouvant être plus ou moins largement entendue.

⁶⁷⁸.M. MICHOUUD écrivait: " L'Etat est, comme les autres personnes morales, soumis au principe de spécialité, ... Mais l'Etat souverain diffère des autres êtres juridiques en ce qu'il n'a au-dessus de lui aucune autorité qui puisse lui commander et l'obliger à respecter ce principe." cité par J.C. DOUENCE dans La spécialité des personnes publiques en droit administratif, p. 781, R.D.P. 1972

Cette insuffisance des principes, présidant à la répartition des facultés de statuer, à garantir l'exclusivité des facultés de statuer distribuées, apparaîtra dans leur mise en œuvre par les gouvernants.

II) La mise en œuvre des principes par les gouvernants ne garantit pas le monopole des facultés de statuer distribuées

Cette répartition s'effectue en affectant à l'organe local, une capacité déterminée matériellement et territorialement. Il n'existe pas de compétence personnelle qui ne soit matériellement et territorialement déterminée. L'organe est, soit compétent sur tout le territoire, soit sur une partie seulement. Quelle que soit sa compétence territoriale, il dispose toujours d'une capacité matériellement limitée ⁽⁶⁷⁹⁾, qui dans le cadre d'une compétence territorialement réduite, peut prendre la forme "des affaires locales"⁽⁶⁸⁰⁾.

La division de la faculté de statuer qui sera opérée, répondra aux attentes de l'autorité qui effectue ce partage. Elle devra compter toutefois avec les solidarités sociales qui se manifestent à ce moment. C'est cette autonomie relative de l'autorité organisatrice qui produira la distinction entre organes à caractère fondatif et ceux à caractère corporatif.

En effet, la délimitation de la compétence matérielle peut s'effectuer dans une énumération d'actes susceptibles d'être pris par l'organe non central (B) ou de façon plus synthétique ⁽⁶⁸¹⁾

⁶⁷⁹.Les études sur cette question sont suffisamment nombreuses pour se permettre d'être bref. Il m'a simplement paru important de souligner que l'évocation d'un territoire n'excluait pas et ne pouvait exclure une compétence matériellement déterminée. Les écrits sur l'intérêt local, l'affaire locale ne montrent pas, me semble-t-il, l'importance de la matière dans la reconnaissance de la faculté de statuer. Il est vrai et cela ressort de la jurisprudence, que la pratique de la maïeutique de l'intérêt local du juge autorise cet effacement dans la mesure où par exemple, la reconnaissance de la décentralisation industrielle comme intérêt local, résulte des circonstances locales, de même que l'ordre public local se définit localement. Cette réalité ne doit pas estomper le caractère dialectique de cet accouchement et donc occulter que dans l'affaire la décentralisation industrielle ou l'ordre public sont des données matérielles. C'est sans doute parce que la matière " relations extérieures " est particulière que le juge est réticent pour y trouver nonobstant " des circonstances locales " une affaire locale, cf. à cet égard T.A. St Denis de la Réunion 18/12/1991 LES PETITES AFFICHES, 1993, n° 74, p. 5

⁶⁸⁰.L'affaire locale étant celle que peuvent déterminer les conseils municipaux, généraux et régionaux; cf. art L 121-26 du code des communes, art 23 et 59 de la loi 82-213 du 2/3/1982 pour le département et la région

⁶⁸¹.Ex. en France: concernant les établissements publics: art. L 121-3 code forestier chargeant l'O.N.F. de " la mise en œuvre du régime forestier ..."; art.22 code du vin chargeant l'I.N.A.O. notamment de déterminer les conditions de production des vins d'appellation ...; concernant les circonscriptions administratives de l'Etat art. 3,4 & 5 du décret du 1/7/1992 portant charte de la déconcentration J.O. 4/7/1992 p 8898, concernant les

en lui attribuant une compétence générale ou une compétence sectoriellement définie (A). Cette compétence peut être affectée d'un élément territorial réducteur.

Que la compétence reconnue soit générale ou spéciale, sa définition n'implique pas sa protection.

A) L'attribution d'une compétence générale rend illusoire sa garantie

Les organes à caractère corporatif, tels les ordres, les organismes consulaires et les collectivités disposent de la faculté de fixer **pour partie** ⁽⁶⁸²⁾ leur compétence matérielle, dans la mesure où la norme qui les établit, reconnaît une réalité sociale qu'elle entend exprimer juridiquement ⁽⁶⁸³⁾. Cette liberté s'exprime dans ce qu'il est convenu d'appeler la clause de compétence générale, dont on a vu qu'elle permettait la mise en œuvre du principe de subsidiarité.

Cependant cette facilité, cette liberté n'est plus strictement l'apanage de ce type d'organes ⁽⁶⁸⁴⁾.

La subsidiarité ne structure pas la pensée des gouvernants uniquement dans le cadre des rapports Etat - Collectivités. Elle a vocation aussi à s'appliquer au sein même de l'administration étatique, comme en atteste la loi 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République qui dispose à son article 2: " Sont confiées aux administrations centrales les seules missions qui présentent un caractère national Les autres missions, ..., sont confiées aux services déconcentrés ... " ⁽⁶⁸⁵⁾.

⁶⁸².J.C. DOUENCE note avec raison que cette liberté résulte toujours "d'une habilitation légale" et qu'ainsi " l'intérêt collectif qu'elles poursuivent doit nécessairement avoir un caractère public. Quel que soit le contenu précis que l'on attache à ce qualificatif, il n'est généralement pas défini par le groupement lui-même, mais par une règle supérieure qui s'impose à lui ". J.C. DOUENCE La spécialité des personnes publiques en droit administratif, R.D.P. 1972, p. 771

⁶⁸³.Ce passage du social au juridique ne s'exprime pas sans tension puisque le principe même de la reconnaissance traduit une intégration négatrice de la réalité sociale. cf. à cet égard concernant la commune M. BOURJOL Les biens communaux, et particulièrement le titre IV "La nébuleuse organique communautaire", p.327 & s, L.G.D.J.1989

⁶⁸⁴.J.C. DOUENCE montre que certains établissements publics territoriaux disposent sous certaines conditions de la possibilité de déterminer eux-mêmes leur capacité. J.C. DOUENCE La spécialité des personnes publiques en droit administratif, p. 797 & s, R.D.P. 1972; cf. le titre III de la loi 92-125 du 6/2/1992 relative à l'administration territoriale à propos duquel M. BOURJOL évoque l'idée d'"intégration matérielle " dans la mesure où les nouveaux établissements publics exercent " une compétence quasi générale, celle de la commune devient résiduelle, d'autant plus que d'autres compétences peuvent s'ajouter par la suite ". M. BOURJOL La réforme de l'administration territoriale - Commentaire de la loi d'orientation du 6/2/1992 - A.J.D.A. 1992 p. 147; R. ROUQUETTE considère aussi qu'il s'agit d'institutions qui " sont davantage des instruments d'intégration que (de) simples instruments de coopération ... ". R. ROUQUETTE La loi d'orientation relative à l'administration territoriale de la République, LES PETITES AFFICHES 1992, n °144, p. 10

⁶⁸⁵.Art.2 loi 92-125 du 6/2/1992 J.O. 8/2/1992 p. 2064

Le décret 92-604 du 1er juillet 1992 portant charte de la déconcentration applique ces dispositions législatives en confiant aux administrations centrales le rôle "intellectuel" ⁽⁶⁸⁶⁾ et aux administrations déconcentrées les rôles "d'exécution" en distinguant matériellement à cet égard, la circonscription régionale en charge du développement économique et social et d'aménagement du territoire, alors que la circonscription départementale a la responsabilité de la mise en œuvre du reste de l'activité étatique dans le cadre toutefois d'une animation et coordination régionale, l'arrondissement, quant à lui, est un cadre d'animation pour le développement local ⁽⁶⁸⁷⁾.

La clause de compétence générale et celle donnant capacité pour mettre en œuvre une politique synthétiquement déterminée ⁽⁶⁸⁸⁾ permettent sans doute la recherche de l'efficacité dans la prise en charge de l'intérêt général, mettant en œuvre ainsi le principe de subsidiarité ⁽⁶⁸⁹⁾. En revanche, elle ne permet pas a priori de déterminer l'organe qui doit intervenir, elle constitue une justification juridique a posteriori de la compétence.

L'absence d'une spécialisation étroite par la norme institutive, facilite en pratique, c'est à dire dans le cadre des rapports habituels entre les organes centraux et non centraux, un règlement de la question de la division de la faculté de statuer "à l'amiable" ⁽⁶⁹⁰⁾, c'est à dire selon un

⁶⁸⁶.Art.2 Décret 92-604 du 1/7/1992 J.O.4/7/1992 p. 8898: "Les administrations centrales assurent au niveau national, un rôle de conception, d'animation, d'orientation, d'évaluation et de contrôle".

⁶⁸⁷.Ibid. art.3-4-5

⁶⁸⁸ cf. art 3 et chapitre IV & V de la loi 92 - 125 du 6/2/1992. Y. JEGOUZO constate " que le texte est beaucoup plus précis pour les communautés de villes que pour les communautés de communes. Pour les premières, il définit avec une certaine précision les compétences attribuées. ... A l'inverse, ..., les communautés de communes pourront donner à ces compétences un contenu beaucoup plus diversifié ... " Y. JEGOUZO Les communautés de communes et les communautés de villes: révolution, innovation ou redondance ? R.F.D.A 1993, p. 3, M. BOURJOL évoque à cet égard l'idée de " compétences ne comportant que des têtes de chapitres ". M. BOURJOL La réforme de l'administration territoriale - Commentaire de la loi d'orientation du 6/2/1992 - A.J.D.A.1992 p.147

⁶⁸⁹.Dans le rapport public du Conseil d'Etat pour 1992 M. LONG souligne la sympathie de la subsidiarité et de la compétence générale en considérant qu'" en soi, le concept de subsidiarité est peu compatible avec la notion de "liste de compétences" ...; la liste relève en effet d'une logique de "spécialité des compétences". P. 25.

⁶⁹⁰.J. CHEVALLIER dans un article montre que " le pouvoir de monopole public " peut constituer " une règle de bon fonctionnement interne du secteur public " qui s'exprime au travers du principe de spécialité dont l'objet est d'éviter les situations concurrentielles. Si malgré tout de telles situations existent, la recherche d'une solution peut se faire de façon empirique " par une répartition amiable des compétences ", la solution idéale étant " d'associer ces concurrents pour une exploitation commune ". Le pouvoir de monopole et le droit administratif français R.D.P. 1974 p. 21

mode conventionnel ⁽⁶⁹¹⁾. Cette interprétation conventionnelle des compétences normatives entre Parlement et Gouvernement sous la V^{ème} République a permis au législateur de conserver " la plupart de ses prérogatives traditionnelles. Il a même conservé des possibilités d'intervention dont le texte de 1958, avait, semble-t-il, voulu le priver "⁽⁶⁹²⁾.

Cette analyse peut être transférée dans notre domaine pour aider à la compréhension de la répartition des facultés de statuer.

En France, le domaine économique constitue là encore un terrain d'observation privilégié dans la mesure où, on l'a vu, ce secteur connaît un encadrement de l'action locale sur le fondement du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et de l'affirmation de la prééminence de l'action étatique dans ce domaine ⁽⁶⁹³⁾. Or il est manifeste que l'Etat et les collectivités locales se sont accordés pour admettre l'intervention de celles-ci. Il apparaît en effet à la lecture de la presse ou des rapports de la Cour des Comptes que de nombreuses interventions locales auraient du se voir refuser l'approbation avant 1982 ou être déferées au Tribunal Administratif après 1982 ⁽⁶⁹⁴⁾. Ceci représente l'accord "amiable" sur l'exercice des compétences.

Par ailleurs, l'Etat a invité les collectivités à prendre en charge des activités économiques. Le décret du 5 Novembre 1926 en est la première manifestation ⁽⁶⁹⁵⁾. Un décret du 10 Novembre

⁶⁹¹. Il s'agit de conventions implicites, que le juge peut faciliter en considérant que si l'un des acteurs n'a pas fait usage des prérogatives qu'il détenait pour préserver sa compétence; il ne peut ensuite prétendre que la violation est illégale pour ce motif; cf. C.C. 30/7/1982 Décision 82-143 DC "Blocage des prix et revenus", Rec. p. 57

⁶⁹². J. ROSSETTO Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels, p. 425 Thèse dactylographiée Poitiers 1982

⁶⁹³. " L'Etat a la responsabilité de la conduite de la politique économique et sociale, ainsi que de la défense de l'emploi. Néanmoins, sous réserve du respect de la liberté du commerce et de l'industrie, du principe de l'égalité des citoyens devant les lois ainsi que des règles de l'aménagement du territoire définies par la loi approuvant le Plan..." articles 5, 48 et 66 de la loi 82-213 du 2/3/1982

⁶⁹⁴. La prise de participation d'une collectivité dans le capital d'une société commerciale est une de ces actions proscrites mais non empêchées - ex: la commune de Mamers avait pris pour relancer une distillerie une part minime du capital d'une société cf. Le Maine Libre 7 Juin 1980, La participation de départements au capital de S.D.R. cf. J.C. HELIN Le département et le droit de l'intervention économique, Les Cahiers du Droit public 1986 p. 17. La constitution d'écrans associatifs entre les collectivités et l'activité n'est pas toujours de nature à préserver les élus qui peuvent le cas échéant supporter les dettes sociales de l'entreprise en cas de liquidation cf. T.C.2/7/1984 Préfet, Corep du Loiret c/ T.G.I. Orléans A.J.D.A. 1984, p. 562

⁶⁹⁵. Décret 5/11/1926 J.O. 7/11/1926 p 11894, l'art.14 soumet à approbation " L'intervention des communes, notamment par voie d'exploitation directe ou par simple participation financière, dans les entreprises, même de forme coopérative ou commerciale, ayant pour objet le fonctionnement des services publics, le ravitaillement et

1954 ⁽⁶⁹⁶⁾ autorisera l'octroi aux collectivités de prêts et de bonifications d'intérêts pour faciliter la réalisation de zones industrielles. Le développement de ces interventions conduira l'Etat non à les proscrire mais à alerter les autorités de tutelle afin qu'elles veillent à ce que le comportement des collectivités ne nuise pas à " la poursuite d'une politique nationale d'orientation " ⁽⁶⁹⁷⁾. L'objectif de l'Etat demeurera la conjugaison des actions locales avec les siennes, il le rappellera ⁽⁶⁹⁸⁾, la jurisprudence le consacrera ⁽⁶⁹⁹⁾ et le législateur le légitimera dans la loi du 2 Mars 1982. Ceci correspond à l'idée d'association " pour une exploitation commune " ⁽⁷⁰⁰⁾ que l'on peut retrouver en matière de relations internationales, domaine dans lequel la compétence étatique a priori exclusive ⁽⁷⁰¹⁾ "souffre" d'une concurrence locale qu'elle s'emploie à utiliser ⁽⁷⁰²⁾.

Cette appréhension de la finalité d'intérêt général explique depuis les lois de décentralisation de 1982-83, " les inflexions de compétences " ⁽⁷⁰³⁾ tant positives que négatives constatées

le logement de la population, les œuvres d'assistance, d'hygiène et de prévoyance sociale, ou la réalisation d'améliorations urbaines."

⁶⁹⁶.Décret 54-1122 du 10 Novembre 1954 J.O. 16/11/1954 p. 10764

⁶⁹⁷.Circulaire n° 560 du 23/9/1965 du Ministère de l'Intérieur

⁶⁹⁸.Circulaire 76-429 du 10 Septembre 1976 du Ministère de l'Intérieur

⁶⁹⁹.C.E. 26 Juin 1974 Société La Maison des Isolants de France A.J.D.A. 1975 p. 33: "Considérant que, dans le cadre de la législation sur la décentralisation industrielle et l'aménagement du territoire ..."

⁷⁰⁰.J. CHEVALLIER Le pouvoir de monopole et le droit administratif français, R.D.P. 1974 p. 21.

⁷⁰¹.C. AUTEXIER considère que la reconnaissance par la loi 92-125 du 6/2/1992 de la capacité " dans le cadre de leurs compétences " à signer des "conventions de coopération décentralisée" démontre que cette compétence leur était déjà reconnue, notamment dans le cadre de la clause générale de compétence. C. AUTEXIER De la coopération décentralisée - commentaire du titre IV de la loi d'orientation du 6/2.1992 relative à l'administration territoriale, R.F.D.A. 1993, p. 416

⁷⁰².I. HANNEQUART L'Etat fédéré en droit international, p. 189 & s Thèse dactylographiée TOURS 1991; J. FERSTENBERT Droit et pratique de l'action extérieure des collectivités locales, R.J.C.O. n° 1 & 2, 1988; Concernant les relations extérieures des collectivités locales cf. C.E.23/10/1989 Cme de Pierrefitte sur Seine, Com. de St Ouen, Com. de Romainville A.J.D.A. 1990 p. 119 et T.A. LA Réunion 18/12/1991 Lechat c/ Com. de St Denis de la Réunion, LES PETITES AFFICHES 1993, n° 74, p. 5

⁷⁰³.J.M. PONTIER Les anamorphoses de la décentralisation, 1ère partie, LES PETITES AFFICHES 1992, n° 137, p. 6

concrètement et particulièrement l'évolution du régime d'aides aux entreprises en difficulté ⁽⁷⁰⁴⁾ ou des interventions dans le domaine culturel ⁽⁷⁰⁵⁾.

Au plan légal, on peut considérer ainsi que le principe de subsidiarité fonde non seulement la clause de compétence générale des collectivités qui exprime leur capacité pour agir dans l'intérêt général ⁽⁷⁰⁶⁾ mais aussi l'absence de cloison étanche entre les capacités " matérielles " reconnues aux diverses collectivités, y compris l'Etat. La loi 83-8 du 7 janvier 1983 et celle du 6 février 1992 ⁽⁷⁰⁷⁾ attestent cela et traduisent l'idée que " la subsidiarité pose le principe de la "perméabilité des compétences" ⁽⁷⁰⁸⁾.

La clause de compétence générale n'est donc pas un élément susceptible de garantir la faculté de statuer des organes centraux et non centraux. L'attribution de compétences spéciales n'apparaît pas devoir mieux réussir.

⁷⁰⁴.La loi 88-13 du 5 janvier 1988 limite les capacités d'intervention des communes en matière économique, cf. Titre II. J.O. 6/1/1988 p. 208

⁷⁰⁵.P. BALEYNAUD La culture: l'oubliée de la décentralisation, R.D.P. 1991, p. 149 & s

⁷⁰⁶.J.M. PONTIER Sur une clause générale de compétence, p. 1468 & s, R.D.P. 1984

⁷⁰⁷.Art 1 loi 83-8 du 7/1/1983: " Ils (communes, départements & régions) concourent avec l'Etat à l'administration et à l'aménagement du territoire, au développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique, ainsi qu'à la protection de l'environnement et à l'amélioration du cadre de vie ". J.O. 9/1/1983 p. 215

Art.1 loi 92-125 du 6/2/1992: " L'administration territoriale de la République est assurée par les collectivités territoriales et par les services déconcentrés de l'Etat. Elle est organisée, dans le respect du principe de libre administration des collectivités territoriales, de manière à mettre en œuvre l'aménagement du territoire, à garantir la démocratie locale et à favoriser la modernisation du service public ". J.O. 8/2/1992 p. 2064

⁷⁰⁸.M. LONG Considérations générales sur le droit communautaire, p. 25, Rapport public du Conseil d'Etat pour 1992, LA DOCUMENTATION FRANÇAISE

B) L'attribution de compétences spéciales n'apporte pas la garantie souhaitée

" La notion d'intérêt général est fort vague. Il n'est donc pas surprenant d'observer que les compétences des autorités administratives puissent être parfois plus étroitement finalisées ou spécialisées "⁽⁷⁰⁹⁾.

La spécialité se traduit par une dimension territoriale, formelle et matérielle. L'autorité organisatrice va fixer légalement la spécialité des acteurs (⁷¹⁰) qui y apporteront le cas échéant des modifications par consensus ainsi qu'on l'a évoqué pour la compétence générale.

1) La spécialisation territoriale

La dimension territoriale constitue pour Ch. EISENMANN un des éléments déterminant la compétence personnelle d'un organe. Dans son propos sur le pouvoir réglementaire local, M. BOURJOL fait du territoire le critère de la spécialité des collectivités locales (⁷¹¹). Ainsi que le note J.M. PONTIER cette " idée de territorialité de l'action des collectivités locales " apparaît à l'article 8 du titre II de la Constitution de 1791 qui dispose "le pouvoir législatif pourra fixer l'étendue de l'arrondissement de chaque commune "" (⁷¹²).

La fixation des limites du territoire relève du droit bien entendu, mais celui-ci peut reprendre des limites "ressenties" par les hommes (⁷¹³) ou d'une façon générale celles découlant de

⁷⁰⁹.J. MOREAU Droit administratif, p. 198, Coll. Droit fondamental, P.U.F.1989

⁷¹⁰.Ex en France: " hier " et concernant les départements: art.1 loi du 10/5/1838 D.P. 1838 p. 433, art.1 loi 18/7/1866 D.P. 1866 p. 70; concernant les communes: Titre II loi 18/7/1837 D.P. 1837 p. 305, art.1 loi 24/7/1867 D.P. 1867 p. 469; concernant les préfets: décrets 25/3/1852 & 13/4/1861 sur la décentralisation administrative, dans J. IMBERT, G. SAUTEL & M. BOUTET-SAUTEL Histoire des institutions et des faits sociaux, Coll. Thémis "Textes & Documents", P.U.F.1961; " aujourd'hui " loi 82-1153 du 30/12/1982 d'orientation des transports intérieurs, loi 82-213 du 2/3/1982 relative aux droits & libertés des communes ... , loi 83-8 du 7/1/1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, départements ... complété et modifiée par la loi 83-663 du 22/7/1983, loi 85-30 du 9/1/1985 dite loi Montagne ...

⁷¹¹." Ce Pouvoir réglementaire est spécial, en ce qu'il se rapporte aux affaires d'intérêt local ..."; M.BOURJOL Libre administration des collectivités territoriales de la République, Fasc. 2, n 36, JURISCLASSEUR COLLECTIVITES LOCALES

⁷¹².J.M.PONTIER L'Etat et les collectivités locales, la répartition des compétences, p. 66, L.G.D.J. 1978

⁷¹³.Ch. PETIT-DUTAILLIS montre que " le mot commune évoque avant tout l'idée, ... d'un groupe qui s'est constitué pour gérer des intérêts collectifs ".p. 21, Les communes françaises, ALBIN MICHEL 1970

l'histoire sociale (⁷¹⁴), mais il peut aussi créer la limite de façon plus arbitraire, comme pour les départements, sans que, toutefois ceux-ci n'aient été établis sans tenir "compte des vieilles solidarités historiques"(⁷¹⁵). Pour les régions, le territoire est né de l'accumulation positive et négative des précédents (⁷¹⁶).

Quel que soit le fondement du découpage, celui-ci n'apparaît pas suffisant pour garantir le monopole de la faculté de statuer des organes. Le découpage territorial n'excluant pas l'identité des matières que les organes centraux et non centraux peuvent évoquer, l'intérêt local ou national constitue le seul moyen de partage. Or il n'existe pas de définition a priori de l'intérêt local comme de l'intérêt national (⁷¹⁷), et dès lors le territoire ne peut constituer seul un élément garantissant la faculté de statuer qu'exercent des organes dans son périmètre. C'est pourquoi la spécialisation territoriale est aussi nécessairement matérielle.

2) La spécialisation matérielle

Concernant la dimension matérielle de la spécialité, il apparaît deux grandes tendances. La première, dans le souci de trancher la question des rapports centre - périphérie, se traduit par des lois de procédure, c'est à dire que " ce qui est prévu ce sont les conditions dans lesquelles les autorités locales peuvent intervenir, ce n'est pas - malgré le terme employé - l'objet sur lequel elles peuvent intervenir " (⁷¹⁸). Cette technique ancienne est toujours utilisée (⁷¹⁹) mais en pratique elle ne peut être que marginale. Elle exige au regard des besoins d'intérêt généraux exprimés une réaction rapide du titulaire de la norme première pour affecter la compétence permettant de les satisfaire, que nulle procédure ne peut assurer. En d'autres termes, l'étendue

⁷¹⁴.M. BOURJOL montre concernant " l'ordre juridique communautaire", le lien entre l'intérêt des hommes et un territoire à partir de " la trilogie agraire "Ager, Saltus, Sylva". Les biens communaux, p. 13 & s, L.G.D.J. 1989

⁷¹⁵.F. BURDEAU Histoire de l'administration française, p. 50-51, MONTCHRESTIEN, 1989

⁷¹⁶.Ibid. p 176, M. BOURJOL Droit et libertés des collectivités territoriales, p. 182, MASSON 1984

⁷¹⁷.J.M. PONTIER L'Etat et les collectivités locales, la répartition des compétences, p. 150 & s

⁷¹⁸.J.M. PONTIER L'Etat et les collectivités locales, la répartition des compétences, p. 94, L.G.D.J. 1978

⁷¹⁹.ex. dans la loi 83-8 du 7/1/1983: Art 29 Les communes peuvent élaborer des chartes intercommunales de développement ..., Art.59 Le permis de construire est délivré par le Maire ...; dans la loi 83-663 du 22/7/1983: Art.5 La Région crée des canaux ..., art.13 Le Conseil municipal décide de la création ...des écoles élémentaires, art. 34 Le Conseil général adopte un règlement d'aide sociale ...etc.

des besoins implique la généralité des compétences des organes destinés à les satisfaire. Cette impuissance fonde la seconde méthode, qui est plus pragmatique car consciente de la vanité d'une détermination énumérative. Elle s'exprime dans la reconnaissance d'une compétence générale ou sectorielle, d'un intérêt local (d'affaires locales) distinct de celui de l'Etat ⁽⁷²⁰⁾. Cependant ces deux tendances peuvent s'exprimer de façon concomitante, conduisant ainsi à s'interroger sur le maintien de la clause de compétence générale lorsque la loi attribue expressément un domaine d'intervention à une collectivité.

D'aucuns contestent à cet égard le maintien de la clause générale de compétence ⁽⁷²¹⁾ avec laquelle, selon J. CHAPUISAT, la loi 83-8 du 7 janvier 1983 aurait rompu définitivement pour reconnaître "qu'il n'est de compétences locales que par affectation"⁽⁷²²⁾. D'autres, ont considéré que la loi de 1983 n'avait pas porté atteinte à la clause générale de compétence à laquelle auraient été adjointes des compétences coadministrées par les collectivités locales et l'Etat ⁽⁷²³⁾. Dans cette dernière hypothèse, J.M. PONTIER ⁽⁷²⁴⁾ à la suite du Professeur F.P. BENOIT ⁽⁷²⁵⁾, propose de considérer que les lois attributives de compétences ont juste pour effet d'établir aux yeux des organes des collectivités concernées et à ceux du juge, l'intérêt local justifiant les interventions de la collectivité dans le domaine en cause.

⁷²⁰.Ce pragmatisme on le trouve dès la révolution concernant les communes, il sera confirmé à partir de 1871 pour les départements, 1884 pour les communes, 1982 pour les régions.

⁷²¹.J. CHAPUISAT Les affaires communales, p. 474, A.J.D.A. 1976 et du même auteur "La notion d'affaires locales en droit français", Thèse Paris 1972

⁷²².J. CHAPUISAT La répartition des compétences, A.J.D.A.1983, p. 83. Cette opinion est partagée puisqu'elle est exprimée dans le Traité de Droit administratif de Messieurs A. DE LAUBADERE, J.C. VENEZIA & Y. GAUDEMET, tome 1, p. 100: "La loi nouvelle indique qu'il n'existe de compétences locales que par détermination de la loi et écarte l'ancien système de la clause générale de compétence ..." L.G.D.J.1990; on la trouve encore dans l'ouvrage de O. GOHIN Institutions administratives, p. 272, où il écrit " il n'est plus légalement possible de faire référence désormais, pour les communes ..., à une quelconque clause générale de compétence, laquelle ne saurait donc valoir que pour l'Etat ..." L.G.D.J. 1992

⁷²³.F. LUCHAIRE & Y. LUCHAIRE, Le droit de la décentralisation, p. 254 & s, Coll. Thémis, P.U.F. 1983, M.BOURJOL, Libre administration des collectivités territoriales de la République, Fasc.2, p. 9, n 30, JURISCLASSEUR COLLECTIVITES LOCALES

⁷²⁴.J.M. PONTIER Semper manet, Sur une clause générale de compétence, R.D.P. 1984, p. 1453 & s,

⁷²⁵.F.P. BENOIT Les attributions générales, p. 4010-1, n 54, Encyclopédie DALLOZ COLLECTIVITES LOCALES

Ainsi l'attribution à une collectivité d'un domaine d'intervention ⁽⁷²⁶⁾ n'exclurait pas de celui-ci les autres collectivités. Cette façon de voir semble être condamnée par le Conseil d'Etat qui paraît avoir donné raison aux tenants de la thèse de la compétence par affectation. En effet dans une décision relative à une région, la Haute juridiction déclare que celle-ci "n'exerce pas, en application de la loi, de compétence générale en matière économique"⁽⁷²⁷⁾.

Evoquer la "compétence générale en matière économique", c'est à tout le moins changer la définition de la compétence générale qui par nature était indéterminée. En d'autres termes affecter à l'expression compétence générale une précision matérielle, nie l'idée même de compétence générale. Il est difficile de voir dans cette formulation une maladresse rédactionnelle et l'on est contraint d'y voir la mise en cause de la clause de compétence générale sans que le juge nous fournisse un élément permettant de déterminer quant une collectivité dispose d'une compétence générale dans un domaine. En effet, les lois de répartition de compétence n'ont pas mis fin aux compétences croisées, certains évoquent même "l'enchevêtrement des compétences"⁽⁷²⁸⁾, il sera délicat de déterminer alors qui dispose de la compétence générale dans une matière. Enfin, l'article 2 de la loi 83-8 du 7 janvier 1983 proscrivant l'instauration de tutelles entre collectivités, déjà malmené par la priorité accordée à la Région en matière d'aides économiques ⁽⁷²⁹⁾, perd toute portée réelle si cette idée de compétence générale matériellement déterminée est confirmée.

⁷²⁶.Les lois de décentralisation ont affirmé ainsi la compétence particulière de telle ou telle collectivité dans tel ou tel domaine, sans toujours exclure l'intervention d'autrui mais en affirmant une compétence de principe à l'une d'elles. Ex: en matière de transports scolaires la loi 83-663 du 22/7/1983 selon l'article 29 " Les départements ont la responsabilité de l'organisation et du fonctionnement de ces transports ..."; en matière sociale, selon l'article 32 de la même loi "Le département prend en charge l'ensemble des prestations légales d'aide sociale ..."; la Région assure " la mise en œuvre des actions d'apprentissage et de formation professionnelle continue ..." (art.82 loi 83-8 du 7/1/1983) et est compétente pour créer " des canaux et des ports fluviaux ..." (art.5 loi 83-663 du 22/7/1983)...

⁷²⁷.C.E.15/2/1993 Région Nord-Pas-de-Calais, DROIT ADMINISTRATIF, Avril 1993, p. 8, n 154. La compétence générale ici, sans que le juge ne le dise, est en vertu des dispositions de la loi 82-213 du 2/3/1982, celle de l'Etat qui " a la responsabilité de la conduite de la politique économique et sociale, ainsi que de la défense de l'emploi ".

⁷²⁸.J.M. PONTIER La deuxième loi relative à la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales, A.J.D.A 1983, p. 469

⁷²⁹.Art. 4 de la loi 82-6 du 7 janvier 1982 qui dispose "Les aides directes sont attribuées par la Région dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat ... Ces différentes formes d'aides peuvent être complétées par le département, les communes ... lorsque l'intervention de la Région n'atteint pas le plafond fixé par le décret mentionné à l'alinéa précédent". A.J.D.A.1982, supplément détachable du numéro de Mars.

En d'autres termes la spécialisation matérielle des compétences ne constitue pas une garantie de la faculté de statuer accordée aux organes. La spécialisation formelle des organes pourrait être une solution.

3) La spécialisation formelle

Pour Ch. EISENMANN, la question de la centralisation - décentralisation se posait aussi concernant les actes matériels, montrant ainsi que l'on pouvait spécialiser des organes dans la prise de ces actes ou activités. Le système allemand démontre que cette spécialisation peut exister en matière normative en confiant aux organes non centraux l'exécution des décisions des organes centraux ⁽⁷³⁰⁾. Les communautés européennes mettent en œuvre cette même organisation (cf. infra). Les collectivités locales en France sont confinées pour l'essentiel dans le niveau réglementaire et donc de mise en œuvre des lois. Cependant la maîtrise de la loi par le Gouvernement et le développement des lois "formelles" permet de faire écran au fait que le plus souvent elles mettent en œuvre la volonté gouvernementale et qu'ainsi s'instaure en France, sur le modèle allemand et européen une spécialisation formelle des collectivités. Cependant si cette spécialisation formelle apparaît susceptible de conférer aux organes le monopole de la faculté de statuer à un niveau donné de la hiérarchie des normes, elle est incompatible avec l'idée de décentralisation qui suppose un partage horizontal du pouvoir normatif et non un partage vertical qui correspond alors à une simple organisation hiérarchique des compétences. Ceci " constitue une vision archaïque et peu réaliste du "pouvoir exécutif" conçu comme "exécutant passif d'une autorité supérieure", affirme Y. MENY car " au contraire toutes les études de politiques publiques ont fortement souligné combien la phase de mise en œuvre ... était cruciale et nécessitait une étroite coordination entre décideur et exécutant, ce dernier devenant partie prenante de la décision pour en garantir une bonne exécution "⁽⁷³¹⁾. Il est certain que tout exécutant dispose d'une marge de manœuvre mais celle-ci ne peut le faire décideur, sinon il n'est pas qu'exécutant, il est aussi décideur. Si tel est le cas, le droit doit en rendre compte, et le seul moyen est de partager le pouvoir normatif, c'est à dire en reconnaissant à l'un la faculté de statuer et à l'autre la faculté

⁷³⁰.Y. MENY *Politique comparée*, p 333, MONTCHRESTIEN 1991. Il est intéressant de noter que l'auteur présente cette organisation comme " l'option décentralisée " du partage des tâches entre administrations locales et centrales.

⁷³¹.Y. MENY *Politique comparée*, p. 419 & 420, MONTCHRESTIEN 1991

d'empêcher. Or tant dans le système allemand que dans le système européen, les organes non centraux ne disposent pas d'une faculté d'empêcher les organes centraux comme en rend compte l'article 37 de la constitution fédérale allemande et l'effet direct des normes communautaires. Donc si effectivement la spécialisation formelle peut être mise en œuvre, elle sera caractéristique d'une organisation donnée de la production des normes: la centralisation et sa fille la déconcentration.

Seul l'exercice d'une faculté d'empêcher permet à un organe de protéger la faculté de statuer qui lui est reconnue.

Section II) La faculté d'empêcher, garantie des facultés de statuer reconnues aux organes

La faculté d'empêcher détenue par les organes non centraux ne doit pas remettre en cause l'unité de l'ordre juridique et celle détenue par les organes centraux ne doit porter atteinte à l'existence même de la faculté de statuer non centrale. Ces exigences contradictoires ne sont pas satisfaites par la remise à un juge de la faculté d'empêcher à la fois les organes centraux et non centraux (I). Pour satisfaire ces exigences, il faut que la mise en œuvre des facultés d'empêcher conduise à préserver non pas la faculté de statuer de celui qui exerce la faculté d'empêcher, mais celle de celui que l'on empêche (II).

1) La faculté d'empêcher du juge ne garantit pas la faculté de statuer des organes centraux et non centraux

Le contrôle du juge ne peut en raison de ses modalités, et malgré une rigueur certaine, garantir les facultés de statuer (A), qui en dernière analyse se trouvent distribuées par le juge (B).

A) Un contrôle rigoureux mais nécessairement altéré

Les motifs du contrôle (1) affectent la crédibilité de son organisation (2).

1) Les motifs de la faculté d'empêcher

On a écrit précédemment que tout contrôle s'exerçait discrétionnairement, cependant ceci n'exclut pas qu'une fin lui soit assignée.

Le contrôle a pour objet généralement de faire respecter la légalité. On a vu dans la première partie que cela n'excluait pas une approche subjective de celle-ci tant dans les conditions de sa mise en œuvre que dans la définition de son contenu. Cette présence de l'opportunité dans le contrôle constitue un élément restreignant la faculté de statuer non centrale. Cette présence peut être accentuée si l'organe central est chargé dans le cadre de sa faculté d'empêcher, de préserver l'intérêt national ou étatique. Ces deux types de finalités se trouvent parfois expressément prévus et sont mis en œuvre selon des modalités particulières.

Si en France, l'article 72 de la Constitution écarte a priori, la préservation des intérêts nationaux du contrôle administratif qui peut déboucher sur une saisine du juge, il ne l'exclut pas non plus, dans la mesure où le délégué du Gouvernement a la charge à la fois des intérêts nationaux et du contrôle administratif. Ceci peut expliquer, que certaines décisions du Conseil d'Etat soient fondées sur cette nécessaire protection des intérêts nationaux, notamment dans le domaine des relations extérieures (⁷³²).

⁷³². Sur cette question cf. T.A. 18/12/1991 St Denis de la Réunion Commune de St Denis, LES PETITES AFFICHES 1993, n° 74, p. 5

En Autriche, les deux types de finalités du contrôle sont présents. L'un a pour objet de déterminer sur saisine de la Cour Constitutionnelle par le gouvernement d'un Land ou le Gouvernement Fédéral, si un acte législatif ou exécutif entre dans la compétence fédérale ou dans celle du Land. L'originalité de ce contrôle tient à ce que " prendront part aux débats non seulement le Gouvernement requérant mais l'ensemble des Gouvernements des Länder et le Gouvernement Fédéral "(⁷³³). L'autre est représentée par le veto de la Chancellerie sur les lois votées par les Diètes lorsque " la décision de la Diète est préjudiciable aux intérêts de la Fédération "(⁷³⁴).

En Italie et au Portugal, les deux aspects sont aussi présents. L'article 127 de la constitution italienne prévoit que le gouvernement peut s'opposer à l'entrée en vigueur de la décision régionale pour dépassement de la compétence régionale ou pour "opposition avec les intérêts nationaux ou ceux d'autres régions"(⁷³⁵). Au Portugal, le Tribunal constitutionnel peut être saisi au motif d'une méconnaissance de la Constitution ou des principes qui y sont contenus, par le Ministre de la République qui représente l'Etat dans la région considérée.

Qu'ils s'agissent des "principes" reconnus par la constitution du Portugal ou des "intérêts nationaux" en Italie, l'on voit bien qu'il y a ici ouverture pour une libre appréciation de la conformité à la constitution et aux intérêts nationaux. Le contrôle effectué à partir de ces notions floues permet au juge de fixer les éléments qu'il prendra en considération dans son appréciation du respect de la légalité ou des intérêts nationaux. La notion de "fidélité fédérale" en Allemagne, que l'on a évoquée précédemment, le montre bien. Si le principe de fidélité fédérale peut s'appliquer à la fédération, " il est patent qu'il permet surtout de briser ce qu'on pourrait appeler le ressort concurrentiel du fédéralisme véritable "(⁷³⁶). De consécration récente, la "Bundestreue" remonte à la constitution de l'Empire allemand de 1871 qui résultant de traités internationaux s'est maintenue par l'affirmation du principe de fidélité présenté par BISMARCK, face aux craintes d'hégémonie prussienne, comme la garantie que la Prusse

⁷³³.C.S. DOUIN Le fédéralisme autrichien, p. 136 L.G.D.J. 1977

⁷³⁴.C.S. DOUIN Le fédéralisme autrichien, p. 144, L.G.D.J. 1977

⁷³⁵.Art.127 Constitution italienne précitée.

⁷³⁶.S. RIALS Le destin du fédéralisme, p. 51 L.G.D.J.1986

"honorerait fidèlement les engagements assumés dans la Constitution de 1871, étant entendu que les autres Etats devraient agir selon le même esprit"⁽⁷³⁷⁾.

L'intégration de "l'opportunité" dans le contrôle de légalité s'exprime pleinement quand le même organe apprécie la légalité et l'opportunité des décisions locales. Ainsi en Chine populaire le pouvoir de contrôle du Comité permanent de l'Assemblée populaire s'exprime non seulement par un contrôle de légalité mais aussi par l'annulation des décisions locales "inappropriées, mal fondées "⁽⁷³⁸⁾. Cet organe peut être le juge comme en Autriche, en Allemagne ou comme on le verra dans les Communautés européennes.

Les objectifs du contrôle ne limitent donc pas réellement l'exercice de la faculté d'empêcher du juge et ne sont donc pas susceptibles de garantir les facultés des organes, malgré les caractères de cette faculté d'empêcher exercée par le juge.

2) La rigueur du contrôle juridictionnel

En France, la spécialisation des organes est soumise à l'appréciation du juge qui, sanctionnera le détournement de pouvoir, lorsque le but poursuivi est extérieur à l'intérêt général ou l'incompétence, lorsque le but poursuivi est extérieur à l'intérêt général spécial, c'est à dire à celui que l'organe pouvait prendre en charge dans le cadre de sa "spécialité". C'est ce dernier aspect qui entre dans mon propos et qui présente un réel intérêt dans la mesure où, il peut exister des accords entre organes qui constituent des entorses à la spécialité.

S'agissant de constater le respect de la finalité d'intérêt général, on comprend que le juge soit particulièrement rigoureux puisqu'il s'agit de déterminer qui peut édicter tel ou tel acte juridique dont certains seront contraignants pour leur destinataires. L'incompétence " est historiquement le premier cas d'ouverture pour excès de pouvoir. Elle reste encore le vice le plus grave "⁽⁷³⁹⁾. C'est un moyen d'ordre public, caractère à propos duquel " aucune hésitation n'a jamais existé "⁽⁷⁴⁰⁾.

⁷³⁷.H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF Une notion capitale du droit constitutionnel allemand: la Bundestreue (fidélité fédérale), R.D.P. 1979.p. 775

⁷³⁸.T.H. TSIEN La République populaire de Chine, p. 242 L.G.D.J. 1970

⁷³⁹.R. ODENT Contentieux administratif, p. 1776, tome V, LES COURS DU DROIT, 1980

Ce contrôle juridictionnel du but d'intérêt général permet au juge de garantir le respect de la spécialité de l'intérêt, c'est à dire du partage de la faculté de statuer. La sanction de l'incompétence est la nullité de l'acte, que ne peut empêcher l'autorité réellement compétente " en ratifiant la décision prise par une autorité incompétente "(⁷⁴¹) à l'instar de la nullité absolue en droit civil, sanction attachée à l'incapacité de jouissance qui est insusceptible de régularisation ou d'une confirmation (⁷⁴²).

Le juge s'attachera aussi bien au respect de la spécialité des organes non centraux par les organes centraux, qu'à l'inverse.

Ainsi, le Préfet est seul habilité à recevoir " les délégations de compétence données aux représentants de l'Etat dans le département "(⁷⁴³). De même, si un établissement public a été créé pour organiser un service public, un ministre ne saurait prétendre organiser ledit service (⁷⁴⁴). Cela s'applique aussi aux personnes privées; ainsi la compétence reconnue à un ordre professionnel pour définir, sous réserve d'approbation ministérielle, la liste des diplômes autorisant l'exercice d'une profession exclut que le ministre définisse cette liste (⁷⁴⁵). Les collectivités locales sont aussi protégées contre les ingérences dans les intérêts dont elles ont la charge (⁷⁴⁶).

⁷⁴⁰.J.M. AUBY & R.DRAGO Traité des recours en matière administrative, p. 335, LITEC 1992;

⁷⁴¹.J.M. AUBY et R. DRAGO Traité des recours en matière administrative, p. 347, LITEC 1992; R. ODENT Contentieux administratif, p. 1824, LES COURS DU DROIT 1980

⁷⁴².H. & L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS Leçon de droit civil, tome 1, p. 412, MONTCHRESTIEN 1983

⁷⁴³.C.E. 1/4/1992 Ministre de l'Economie et des finances c/ S.A."Bienne Auto", LE QUOTIDIEN JURIDIQUE 1993, n° 64, p. 3

⁷⁴⁴.C.E. 14/10/1977 Synd. gén. C.G.T. du personnel des affaires sociales et Union synd. C.F.D.T. des affaires sociales, A.J.D.A. 1977 p. 228 à propos de la réglementation de l'exercice du droit de grève dans les établissements relevant de la tutelle d'un ministre; C.E. 15/3/1978 Synd. gén. de l'éducation nationale C.F.D.T. et F.E.N., A.J.D.A. 1979, p. 42 à propos de l'organisation par arrêtés ministériels des services de l'Institut national de recherche pédagogique, établissement public créé par un décret

⁷⁴⁵.C.E. 11/7/1988 Conseil départemental de l'Ordre des médecins des Alpes-Maritimes c/ Boucq, Leb. p. 291

⁷⁴⁶.C.E. 29/1/1960 Comité national de la meunerie d'exportation, Leb. p. 69 (compétence respective des assemblées territoriales et des commissaires en A.O.F.), C.E.10/12/1982 Lamande, Leb. p. 550 ou T.A.ORLEANS 11/6/1986 Rousseau c/ Commission départementale d'aménagement foncier du Loiret, R.J.C.O.,

A l'inverse, à la compétence d'une autorité centrale, on ne saurait substituer une autre autorité. Ainsi, si le Ministre est compétent pour résoudre l'impuissance d'une Université, le Recteur ne saurait exercer cette attribution ⁽⁷⁴⁷⁾. De même, un Conseil municipal ne saurait adresser des directives au Maire agissant en qualité d'agent de l'Etat ⁽⁷⁴⁸⁾ ou réglementer les conditions d'accès aux écoles primaires de son territoire ⁽⁷⁴⁹⁾.

La nature du contrôle du juge, ses effets et l'objectivité apparente des décisions ne sauraient occulter l'opportunité de telle ou telle décision. Le juge est en fait le dispensateur des facultés de statuer.

B) Le juge dispensateur des facultés de statuer

Il appartient au juge de fixer la capacité de tel ou tel organe soit sur requête d'un organe "victime" d'un empiètement, soit sur recours du destinataire de l'acte. Dans cette action, le juge, quelle que soit la précision de la compétence attribuée par la norme institutive de l'organe, apparaît comme un répartiteur de capacités inspiré par la subsidiarité.

L'examen de la jurisprudence française en matière d'interventionnisme économique illustre bien ce phénomène. Dans ce domaine il existe un principe, qui exprime l'essence même de la subsidiarité ⁽⁷⁵⁰⁾: la liberté du commerce et de l'industrie ⁽⁷⁵¹⁾ qui exigerait que les

n° 0, 1987, à propos des décisions des conseils municipaux en matière de chemins ruraux; C.E. 19/4/1989 Commune de St Gilles - Croix-de-Vie, A.J.D.A.1989, p. 637 à propos de la compétence des départements en matière de ports de commerce et de pêche; C.E.6/6/1986 Département de la Côte d'Or, A.J.D.A. 1986, p. 594 à propos des aides économiques susceptibles d'être instituées par les collectivités

⁷⁴⁷.T.A. Amiens 25/4/1975 Sieur ROUHETTE et autres, A.J.D.A.1975 p. 460

⁷⁴⁸.C.E.29/4/1983 Ass. de défense des espaces ruraux et naturels de la commune de REGNY, A.J.D.A. 1983, p. 376

⁷⁴⁹.C.E.27/6/1990 Commune de St Germain sur Morin, A.J.D.A.1990 p 829, C.E. 7/12/1990 Di Lello A.J.D.A.1991, p. 117

⁷⁵⁰.J. THALINEAU L'interventionnisme économique, exemple de contestation de la clause générale de compétence, p. 167, Rapport final du Laboratoire d'études et de recherches sur les réformes administratives et la décentralisation, Faculté de droit TOURS, 1988

⁷⁵¹.Le Conseil constitutionnel dans sa décision 81-132 D.C. du 16 Janvier 1982 à propos de la loi de nationalisation n'a pas " constitutionnalisé " la liberté du commerce mais la liberté d'entreprendre s'autorisant ainsi à exercer un contrôle restreint des motifs du législateur en matière de nationalisations, qu'autorisent les

interventions de la puissance publique soient fondées sur l'impossibilité ou l'incapacité des acteurs (producteurs & consommateurs) à régler harmonieusement leurs rapports ⁽⁷⁵²⁾. Or l'on sait, la jurisprudence est suffisamment importante dans ce secteur, que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est facilement opposé par le juge administratif aux collectivités locales ⁽⁷⁵³⁾ et de façon "conciliante" à l'Etat. Ceci a conduit L.RICHER à affirmer que " pour le juriste, cette organisation du libéralisme se traduit bien souvent par une désorganisation du droit "⁽⁷⁵⁴⁾. Cette jurisprudence n'est pas sans effet sur le principe car "le fait qu'il puisse y avoir deux poids, deux mesures, dans la protection accordée à cette liberté pose le problème de sa valeur"⁽⁷⁵⁵⁾. La jurisprudence tend, et particulièrement depuis la loi de 1982 ⁽⁷⁵⁶⁾, à faire du principe de la liberté du commerce un complément utile à la consécration de la suprématie de l'Etat ⁽⁷⁵⁷⁾.

Cette différence entre interventions locales ou centrales démontre l'action constructive du juge dans la définition de la capacité des organes. Le dysfonctionnement social de ce domaine a conduit au profit des collectivités, à l'admission légale du commerce et de l'industrie comme "but d'intérêt général" ⁽⁷⁵⁸⁾ et à la consécration, particulièrement par le juge de l'excès de pouvoir, d'un principe de liberté des activités industrielles ou commerciales comme "moyen" pour garantir, que ce but demeurera d'une part d'intérêt général et d'autre part, qu'il constituera un moyen permettant de déterminer lesquels des organes étatiques ou locaux le satisfont le

dispositions du préambule de 1946, et le cas échéant à sanctionner ses " erreurs manifestes d'appréciation" cf. B. GENEVOIS La jurisprudence du Conseil Constitutionnel, p. 227, 252 & 291

⁷⁵². L'interventionnisme public est fondé sur le fait que le principe n'est ni général ni absolu et en conséquence il s'exerce "dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi" B. GENEVOIS La jurisprudence du Conseil Constitutionnel, p. 227 S.T.H. 1988

⁷⁵³.par ex. C.E. 4/7/1984 Département de la Meuse c/ Poilera R.F.D.A. 1985 p 58, note J.C.DOUCENCE et R.D.P.1985, p 199, note J.DE SOTO

⁷⁵⁴.L. RICHER L'évolution des rapports entre l'Administration et les entreprises privées, p. 919 R.D.P. 1981

⁷⁵⁵. F. DREYFUS La liberté du commerce et de l'industrie, p. 223 Coll. L'administration nouvelle, Berger - Levrault 1973

⁷⁵⁶.Ceci est fondé sur les dispositions de l'article 5 de la loi 82-213 du 2/3/1982 qui fait de la politique économique et d'aménagement du territoire une prérogative de l'Etat.

⁷⁵⁷.T.A. POITIERS 9/10/1991 Préfet Charente-Maritime c/ Commune de Lagord, LES PETITES AFFICHES 1992, n° 154, p. 21,

⁷⁵⁸.ex. T.A. Clermont -Ferrand, H.TAY 21/10.1983 A.J.D.A. 1984, p. 166

mieux ⁽⁷⁵⁹⁾. Cette différence jurisprudentielle entre interventions étatiques et locales, montre que le principe de subsidiarité ne conditionne pas en l'espèce, l'action de l'Etat, puisque la liberté du commerce et de l'industrie, expression de la subsidiarité en matière économique, n'est pas opposable à l'Etat ⁽⁷⁶⁰⁾. Le rôle de répartiteur de compétences du principe de liberté du commerce est devenu par ailleurs, subsidiaire (accessoire) dans la mesure où la loi 82-213 du 2 mars 1982 a affirmé la compétence de l'Etat dans le domaine économique. Cette primauté de l'Etat a conduit le Conseil d'Etat à considérer que la Région ne dispose pas d'une "compétence générale en matière économique"⁽⁷⁶¹⁾.

Dans d'autres matières, la subsidiarité amènera le juge à préférer l'acte local au détriment de l'acte central ⁽⁷⁶²⁾. Ceci pourra se faire en admettant la compétence de l'organe non central là où, a priori en vertu d'un texte spécial était prévu un acte d'un organe central ⁽⁷⁶³⁾.

En fait, il apparaît que le principe de subsidiarité conduit à la reconnaissance de la complémentarité de l'action des organes ⁽⁷⁶⁴⁾. En matière de police administrative, le phénomène est remarquable et particulièrement en matière de projections cinématographiques. Les films doivent pour être distribués et projetés en public, obtenir un visa ministériel, expression d'une police spéciale. Le juge a reconnu toutefois que ce "label" ministériel n'excluait pas que dans certaines circonstances, la projection d'un film soit interdite par le

⁷⁵⁹.cf. Par ex. C.E. 6/6/1986 département de la Côte d'Or, A.J.D.A. 1986, p. 594, C.E. 18/11/1991 Dépt des Alpes maritimes, A.J.D.A. p. 231, note C.DEVES

⁷⁶⁰.J. THALINEAU L'interventionnisme économique, exemple de contestation de la clause générale de compétence, p. 170, Rapport final du Laboratoire d'études et de recherche sur les réformes administratives et la décentralisation, Faculté de droit, TOURS, 1988

⁷⁶¹.C.E.15/2/1993 Région NORD-PAS-DE-CALAIS, DROIT ADMINISTRATIF, Avril 1993, p. 8, n° 154

⁷⁶². Sur cette question cf. H.M. CRUCIS Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française, L.G.D.J. 1991.

⁷⁶³.C.E. 11/6/1982 A. MESTDAHG, A.J.D.A. 1983, p. 42, à propos du retrait d'un permis de construire par un préfet alors que le code de l'urbanisme (art. R 421-33) prévoyait la compétence ministérielle. Le juge admettra l'intervention préfectorale sur le fondement de dispositions législatives qui place le Maire, agent de l'Etat, sous l'autorité de l'administration supérieure comprise comme étant le Préfet. La loi faisant ici succomber le règlement, la compétence de l'organe non central a été admise.

⁷⁶⁴.ex. C.A.A. Paris 25/7/1989 Ministre des affaires sociales c/Centre nationale d'études et de formation des industries de carrière, Leb. p 439 où le juge reconnaît une compétence concurrente du 1er Ministre et du Préfet de Région pour prendre dans le cadre de la participation des employeurs au financement de la formation professionnelle continue une décision de rejet des dépenses invoquées par un organisme dispensateur de formations.

Maire titulaire d'un pouvoir de police administrative générale dans sa commune. La logique aurait voulu que selon l'adage "*lex specialis generalibus derogat*" et son corollaire "*generalia specialibus non derogant*", une telle interdiction soit proscrite. Chacun connaît cependant, la jurisprudence ⁽⁷⁶⁵⁾ qui autorise le Maire à contredire l'autorisation ministérielle, lorsque des circonstances locales l'exigent mais en aucun cas à exercer une sorte de "police spéciale bis".

Cette méthode d'analyse a été formalisée en matière de police autour de la notion de concours de police que développe E. PICARD ⁽⁷⁶⁶⁾. Dans son étude des compétences en matière de police, l'auteur critique la distinction traditionnelle entre compétences juxtaposées et compétences superposées⁽⁷⁶⁷⁾, dans la mesure où celle-ci ne s'avère pas opératoire pour discriminer effectivement les combinaisons de compétences de police et conduit à classer des combinaisons comme exemples de compétences superposées alors qu'elles constituent des exemples de compétences juxtaposées ou l'inverse ⁽⁷⁶⁸⁾. Il propose de substituer à cette approche celle de concours qui "signifie que les polices en présence sont différentes - concurrentes si l'on veut puisque l'idée n'est pas exclue par cette notion - mais surtout que ces actes ou ces polices se complètent mutuellement pour réaliser la même fonction: elles concourent chacune à l'accomplissement de la même fonction d'ordre public plus qu'elles ne se concurrent"⁽⁷⁶⁹⁾.

On peut raisonner plus généralement et substituer ainsi à l'ordre public l'intérêt général, source de toute action publique, qui peut se différencier notamment entre intérêt général national et intérêt général local. On pourra considérer alors en copiant E. PICARD que les actions locales

⁷⁶⁵.C.E. 18/12/1959 Soc. "Les films Lutetia", G.A.J.A. p. 577, SIREY 1990

⁷⁶⁶.E. PICARD La notion de police administrative, p. 694 & s tome 2 L.G.D.J. 1984

⁷⁶⁷. "On distingue traditionnellement deux types de combinaisons entre les polices, ...: la "juxtaposition" (dite aussi «complémentarité») et la "superposition"(dite "concours" ou encore "concurrence")". E. PICARD La notion de police administrative, p. 685; L.G.D.J. 1984. Pour certains auteurs, il y a juxtaposition lorsque les buts de police sont différents (ex. police générale et police spéciale) et superposition lorsque les buts sont identiques (ex. Maire-Préfet-1er Ministre)

⁷⁶⁸.Ainsi en matière cinématographique, la police ministérielle est juxtaposée à celle du Maire, mais si celui-ci intervient pour interdire la projection ou limiter le droit d'entrée, elle se superpose à celle du ministre. Pour E. PICARD la confusion résulte de ce que " la doctrine n'appréhende les actes ... en présence que d'un seul point de vue à la fois: soit celui de la matière sur laquelle portent les actes, soit celui du but de ces actes, soit celui des organes compétents pour les prendre ". Ibid. p. 686.

⁷⁶⁹.Ibid. p. 694

et nationales concourent chacune à l'accomplissement de la mission d'intérêt général de l'administration plus qu'elles ne se concurrencent. La concurrence n'étant pas exclue, la préférence d'un règlement sur l'autre ne reposera pas " sur la hiérarchie des organes " mais dépendra de la nature des rapports entre intérêts généraux avec pour seul impératif la compatibilité des exigences respectives de chaque intérêt général ⁽⁷⁷⁰⁾. Cette compatibilité selon E. PICARD peut être appréciée à deux points de vue: la liberté et l'efficacité.

Comme en matière de police, on trouve dans le droit positif des situations dans lesquelles l'intérêt local, tel que le conçoivent les élus locaux, a prévalu sur un intérêt plus large, tel que le concevaient d'autres élus locaux ou le Premier Ministre au travers de leur faculté de statuer. A la différence de ce que signalait E. PICARD en matière de police, cela ne se traduit pas par une dérogation négative apportée par " la norme plus particulière ... à la plus générale " ⁽⁷⁷¹⁾ mais une complémentarité positive acceptée sinon recherchée des deux normes comme le montre l'arrêt Ville de Nanterre ⁽⁷⁷²⁾. En d'autres termes, en notre matière les dérogations apportées par la norme locale à la norme plus générale expriment un intérêt local sans nier l'intérêt général territorialement plus étendu.

Ainsi en matière de service public, la reconnaissance de la légalité de la création du cabinet dentaire municipal par la ville de Nanterre ⁽⁷⁷³⁾, alors même qu'existait dans le département un service d'aide médicale gratuite prodiguant des soins dentaires, exprime cette philosophie. Du point de vue de la liberté le règlement local ne pourra, par exemple interdire l'exercice local d'une profession en raison de la liberté du commerce mais pourra créer un service local -

⁷⁷⁰.Ibid. p. 708

⁷⁷¹.E. PICARD La notion de police administrative, p. 710 L.G.D.J. 1984

⁷⁷².La jurisprudence relative à la création de services publics communaux là où existe déjà un service public pris en charge par une collectivité plus vaste (Département, Région, Etat)le montre, et c'est particulièrement vérifié en matière de services sociaux, domaine dans lequel la compétence privilégiée du département et les compétences d'attribution de l'Etat n'excluent pas l'intervention communale Cf. P. LIGNEAU La décentralisation des politiques d'action sociale en France Actes du colloque de Varsovie 26-28/10/1988 Publications de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers P.U.F. 1990 p. 139, du même auteur Décentralisation & politique sociale, A.J.D.A.1992, p. 77

⁷⁷³.C.E. 20/11/1964 Ville de Nanterre, J.F. LACHAUME Les grandes décisions de la jurisprudence, p. 171, P.U.F. 1980

création de dispensaires municipaux là où existent des centres départementaux ⁽⁷⁷⁴⁾ - qui portera nécessairement atteinte à la liberté. Cependant cette répartition de la faculté de statuer doit être organisée dans un souci d'efficacité conduisant à faire prévaloir souvent l'intérêt général plus étendu sur le plus restreint. Ce souci qu'évoque E.PICARD en matière de police peut expliquer aussi une décision du Conseil d'Etat intervenue en matière de distribution d'eau dans laquelle la Haute Juridiction considère que l'intérêt communal doit s'effacer devant l'intérêt départemental ⁽⁷⁷⁵⁾.

Le domaine des subventions offre aussi des exemples de la mise en œuvre par le juge de la subsidiarité. En effet participe de la même idée, l'admission du versement d'un crédit " en vue de l'achat et de l'entretien d'un matériel d'incendie et d'une subvention destinée à une société privée de sauveteurs ", nonobstant l'existence d'un décret fixant les conditions d'organisation des services d'incendie par les communes ⁽⁷⁷⁶⁾.

Le juge, organe répartiteur des compétences, n'apparaît donc pas comme une garantie suffisante des facultés de statuer instituées par la norme première. Cette garantie ne sera fournie que lorsque des organes centraux et non centraux disposeront d'une faculté d'empêcher qui s'appliquera sur la faculté de statuer opposée.

II) La réciprocité des facultés d'empêcher, garantie des facultés de statuer

Lorsque MONTESQUIEU affirmait que le corps législatif "étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher" ⁽⁷⁷⁷⁾, il ne visait rien d'autre que la

⁷⁷⁴. C.E. précité 20 Novembre 1964 Ville de Nanterre A.J.D.A. 1964 p. 686

⁷⁷⁵.C.E. 13 Mars 1985 Ville de Cayenne et autres A.J.D.A. 1985 p. 376. Dans cette affaire le juge fait prévaloir l'intérêt de la gestion de l'eau par le département sur une gestion intercommunale en reconnaissant la légalité du refus du Préfet d'autoriser la création d'un syndicat intercommunal. Son raisonnement fondé sur l'absence d'exclusivité communale en la matière était aussi étayé par le fait qu'avant la loi de nationalisation de l'électricité dans les D.O.M. il existait une régie départementale de l'eau et de l'électricité à laquelle les communes avaient remises les installations de production et de distribution.

⁷⁷⁶.C.E.24/12/1909 Commune de La Bassée, Leb. p 1024, cité par J. SINGER Les subventions accordées par les départements et commune, A.J.D.A. 1967, p. 510 cf. la note 19 qui cite le "considérant" intéressant de la décision. Sur cette question cf. aussi J.M. PONTIER L'Etat et les collectivités, p. 129, L.G.D.J. 1978

⁷⁷⁷.MONTESQUIEU L'esprit des lois, p. 302, tome 1, GARNIER-FLAMMARION 1979

garantie de la faculté de statuer de chacune des assemblées (⁷⁷⁸). Mutatis mutandis, ceci est transposable aux relations des organes centraux avec les organes non centraux dans l'exercice de la fonction normative.

Si le but de la faculté d'empêcher détenue par un organe est de préserver la faculté de statuer détenue par lui-même ou un organe du même genre (central ou non central), il faut que l'exercice de cette faculté d'empêcher ne porte pas atteinte à la faculté de statuer détenue par l'organe ou un organe du même genre (central ou non central) supportant la faculté d'empêcher.

En d'autres termes il faut que la faculté d'empêcher détenue par un organe central préserve la faculté de statuer de l'organe local (A) et la faculté d'empêcher non centrale doit préserver la faculté de statuer centrale (B).

A) La faculté d'empêcher centrale doit préserver la faculté de statuer non centrale

Si l'existence au profit d'organes centraux d'une faculté d'empêcher constitue la condition nécessaire à l'intégration des actes non centraux dans le système normatif (cf. 1ère partie), la détermination du titulaire de cette faculté sera sans doute importante.

Si l'identité du titulaire de la faculté d'empêcher est toujours un critère déterminant pour apprécier concrètement la situation de la faculté de statuer non centrale au regard de la faculté d'empêcher qui pèse sur elle, il n'est pas exclusif. Les éléments sont ici multiples et les combinaisons illimitées. Elles sont liées aux conditions d'exercice de la faculté d'empêcher.

Deux éléments apparaissent essentiels: le titulaire de la faculté et le moment où elle s'exerce.

1) Le titulaire de la faculté d'empêcher

Deux situations peuvent être envisagées:

⁷⁷⁸. Ceci apparaît nettement dans le passage relatif à la participation des "gens distingués" à la législation: " La part qu'ils ont à la législation doit donc être proportionnée aux autres avantages qu'ils ont dans l'Etat; ce qui arrivera, s'ils forment un corps qui ait droit d'arrêter les entreprises du peuple, comme le peuple a droit d'arrêter les leurs ". Ibid. p. 298

- soit l'organe central titulaire de la faculté d'empêcher l'organe non central est lui-même titulaire d'une faculté de statuer identique à celle de l'organe non central (ex: le Préfet et le Maire, agent de l'Etat);
- soit l'organe central titulaire de la faculté d'empêcher ne dispose pas d'une faculté de statuer ou elle est différente de celle détenue par l'organe non central.

L'on voit bien que la situation du titulaire de la faculté de statuer au plan local ne sera pas objectivement la même selon que l'on sera dans l'une ou l'autre de ces hypothèses.

a) La confirmation de la centralisation

Dans ma première proposition, c'est à dire, lorsque le titulaire de la faculté d'empêcher est aussi titulaire de la faculté de statuer au plan non central (quelle que soit la "technique", autorité hiérarchique ou association inégalitaire), la remise de la faculté d'empêcher à cet organe central ne fait qu'accentuer le caractère centralisé de l'organe non central (⁷⁷⁹). En effet dans cette hypothèse, ce qui compte, c'est qu'en fait l'organe central dispose du monopole de la faculté de statuer. Il n'y a donc pas dans ce cas séparation des pouvoirs entre organes centraux et non centraux.

En matière de centralisation, ce monopole des organes centraux sur la faculté d'empêcher peut très bien, être exercé par l'organe chargé aussi de la faculté de statuer, en donnant l'apparence d'une division des facultés de statuer et d'empêcher entre organes centraux. Ce système, que nous avons pratiqué en France et que nous avons appelé avec un sens inné de l'euphémisme "justice retenue", tend heureusement à s'estomper dans les Etats de droit.

b) La condition nécessaire à la décentralisation

⁷⁷⁹.S. REGOURD considère, que les procédés de l'instruction, de la réformation et de l'acte - type constituent l'expression d'une dépossession de l'initiative qu'il définit comme " le pouvoir de fixer "ne varietur" le contenu de l'acte ". L'acte de tutelle en droit administratif, p. 205 & 208, L.G.D.J. 1982

La seconde proposition, où la faculté de statuer est divisée entre organes centraux et non centraux, constitue le cadre théorique de la décentralisation.

Elle se subdivise en deux hypothèses.

- l'organe central titulaire de la faculté d'empêcher dispose aussi d'une faculté de statuer mais personnellement illimitée, c'est à dire n'ayant pas le même champ que celle de l'organe non central (ex: dans le système antérieur à 1982, les hypothèses d'approbation -intervention des communes en matière économique- et d'annulation - objet étranger aux attributions du Conseil municipal- des délibérations du Conseil municipal par le Préfet, représentant de l'Etat);

- soit l'organe central titulaire de la faculté d'empêcher ne dispose pas lui-même d'une faculté de statuer personnellement illimitée. Il s'agit généralement d'un juge.

Dans ces deux cas, l'organe central détient exclusivement la faculté d'empêcher l'organe non central. L'organe central ne peut exercer lui-même la faculté de statuer de l'organe non central, qui détient ainsi le monopole de celle-ci.

Cependant, disposant dans le premier cas d'une faculté de statuer "illimitée", l'organe central pourra intervenir mais son action vaudra pour l'ensemble de la collectivité et non exclusivement pour les destinataires des actes de l'organe non central. Il y aura ici séparation des pouvoirs entre organes centraux et non centraux dans la mesure où l'organe central ne peut statuer dans la compétence reconnue à l'organe non central.

Enfin dans le second cas, on se trouve dans la situation la plus favorable à l'organe non central, puisque l'organe non central disposant de la faculté d'empêcher n'est pas titulaire d'une faculté de statuer. Il y aura ici une séparation des pouvoirs qualitativement supérieure car l'organe central ne peut statuer dans la compétence reconnue à l'organe non central, ni imposer à l'ensemble ce qu'il n'obtient pas d'un seul.

Si le titulaire de la faculté d'empêcher n'est pas indifférent à la résolution de la question de la centralisation - décentralisation, le moment où s'exerce cette faculté l'est moins encore.

2) Le moment de l'exercice de la faculté d'empêcher

L'autonomie de la faculté de statuer non centrale ne sera pas la même, si la faculté d'empêcher s'exerce avant ou après l'entrée en vigueur de la norme locale.

La question de la liaison entre la faculté d'empêcher et l'entrée en vigueur de la norme non centrale présente un caractère fondamental qu'accentue la possibilité ou l'impossibilité de surmonter l'empêchement.

a) Faculté d'empêcher et entrée en vigueur de la norme "non centrale"

Montesquieu, en considérant que l'approbation d'un acte par un organe n'était " autre chose qu'une déclaration qu'il ne fait point usage de sa faculté d'empêcher " et dérivait ainsi de cette faculté ⁽⁷⁸⁰⁾ avait eu conscience qu'un problème d'interprétation se posait pour cette modalité particulière de la faculté d'empêcher qu'est l'approbation. Il pressentait un glissement possible de l'empêchement vers la faculté de statuer. Il l'organisait même dans la composition du corps législatif. Ceci apparaît particulièrement, lorsque confiant une faculté de statuer à chaque assemblée de façon que " le corps (des gens distingués) ait droit d'arrêter les entreprises du peuple, comme le peuple a droit d'arrêter les leurs "⁽⁷⁸¹⁾, il considère qu'ainsi le corps législatif étant " composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher "⁽⁷⁸²⁾. Le moment de l'exercice de la faculté d'empêcher n'est donc pas indifférent à notre question.

Si la faculté d'empêcher s'exerce avant l'entrée en vigueur de la norme non centrale, l'organe central qui en est chargé, dispose alors d'une possibilité d'entrave de l'action non centrale sans commune mesure avec la situation résultant de l'exercice de la faculté d'empêcher après cette entrée en vigueur. En effet dans cette hypothèse le moment de l'exercice de la faculté d'empêcher devient une des conditions, pour la norme non centrale, de l'obtention du caractère exécutoire.

⁷⁸⁰.MONTESQUIEU L'esprit des lois, p. 299, tome 1, GARNIER-FLAMMARION, 1979

⁷⁸¹.Ibid. p. 298

⁷⁸².Ibid. p. 302

Le choix entre l'une ou l'autre des options n'est donc pas indifférent à la réalité de la faculté de statuer non centrale et son importance n'échappera pas, si l'on sait qu'elle peut être détenue en premier lieu par l'organe central disposant d'une faculté de statuer.

Ce contrôle a priori a existé en matière réglementaire en France et y existe encore, ainsi que par exemple, aux Pays-Bas ⁽⁷⁸³⁾, au Royaume Uni ⁽⁷⁸⁴⁾. Il est utilisé, on l'a vu, en matière législative dans de nombreux Etats, tels par exemple l'Autriche, la Chine populaire, la France, l'Italie ou le Portugal.

C'est dans ce cadre qu'apparaît plus important, un autre élément de l'exercice de la faculté d'empêcher: le caractère inconditionné ou conditionné de cet exercice. Si pour exercer sa faculté d'empêcher l'organe dépend de l'intervention d'un autre (cas du contrôle de constitutionnalité des lois en France), sa faculté d'empêcher est moindre, que lorsqu'il peut s'autosaisir (cas du Préfet).

C'est particulièrement dans le cadre du contrôle a priori que ces modalités peuvent être importantes.

En effet dans le cadre du contrôle a posteriori la faculté d'empêcher se traduisant par l'annulation de la norme non centrale, ainsi qu'on l'a vu dans la première partie, celle-ci pourra avoir reçu exécution ou commencement d'exécution. Cependant cet aspect est contrebalancé par l'existence de procédures permettant de surseoir à l'exécution de la norme non centrale, qui peut tendre à la façon d'une asymptote vers les mêmes effets qu'un contrôle a priori, si le sursis intervient rapidement.

Les modalités du contrôle a priori peuvent être très variées mais l'on s'arrête généralement sur le caractère exprès ou non du veto, sur le délai pendant lequel celui-ci peut-être exprimé.

⁷⁸³.sous la direction de Ch. DEBBASCH La décentralisation en Europe, p. 242 Editions du C.N.R.S. 1981

⁷⁸⁴.Ibid. p. 144

Le caractère implicite ou exprès de l'empêchement est peu important car il n'en modifie pas la substance mais uniquement les données. En effet l'exigence d'un veto exprès en permet la motivation, comme en Autriche ⁽⁷⁸⁵⁾; ce qui en cas de contentieux peut être utile mais ne change en rien la décision d'empêcher. Le non-exercice du veto dans le délai prévu constitue-t-il une décision? S. REGOURD a montré qu'en France, la décision implicite d'approbation, n'est pas une décision car l'écoulement du délai ne fait pas naître une décision de l'organe central mais uniquement la norme non centrale ⁽⁷⁸⁶⁾.

Dès lors le délai dans lequel doit être exercée la faculté d'empêcher constitue l'un des éléments fondamentaux car révélateur de la réalité de la faculté de statuer locale.

Si la faculté d'empêcher n'est pas enfermée dans un certain délai de temps ou si ce délai est long, son titulaire dispose alors de la possibilité d'annihiler ou d'amputer gravement la faculté de statuer locale.

L'absence de délai ⁽⁷⁸⁷⁾ ou un délai particulièrement long ⁽⁷⁸⁸⁾ pour exercer la faculté d'empêcher dans le texte l'instituant dénote une volonté de contrôle étroit de l'organe non central. D'une façon générale plus le délai est long, plus se manifeste une limite à la "spontanéité" de la faculté de statuer non centrale exprimant ainsi une véritable intention d'association de l'organe central à la production normative non centrale. Un délai "moyen" comme en Autriche dans le cadre du veto ⁽⁷⁸⁹⁾ ou en France dans le cadre du veto royal institué par la constitution de 1791 ⁽⁷⁹⁰⁾, même si cette appréciation du délai est relative,

⁷⁸⁵. "Les motifs doivent faire apparaître, de manière claire, comment le Gouvernement Fédéral est arrivé à la conclusion que la décision de la Diète nuit aux intérêts de la Fédération", dans C.S.DOUGIN Le fédéralisme autrichien, p. 144, note 286, L.G.D.J. 1977

⁷⁸⁶. S. REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français, p. 130, L.G.D.J. 1982

⁷⁸⁷. ex dans la constitution de la République populaire de Chine du 4/12/1982 les articles 67, 100 & 116 qui prévoient le contrôle du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale sur les décisions locales, ne fixent pas de délai pour l'exercice de ce contrôle.

⁷⁸⁸. ex l'article 49 du C.A.C. prévoyait des délais qui en matière de concession pouvaient être de 6 mois, cf. L.MORGAND La loi municipale, Tome I, p. 200 & s, BERGER-LEVRAULT 1963

⁷⁸⁹. Le délai est de huit semaines, cf. C.S.DOUGIN Le Fédéralisme autrichien, p. 144, L.G.D.J. 1977

⁷⁹⁰. Le délai est de deux mois à compter de la présentation au Roi cf. Art.4, Section III, Chapitre III, Titre III Constitution du 3/9/1791

permet l'échange entre l'organe central et l'organe local. Cette recherche de l'association de l'organe central à la production normative locale est plus ou moins avouée selon les objectifs affichés du contrôle a priori, on l'a vu, mais aussi selon qu'il existe ou non une possibilité de dépasser l'empêchement de l'organe central.

b) Le dépassement de l'empêchement

Si l'organe non central ne peut pas dépasser l'empêchement décidé par l'organe central, en d'autres termes si nous sommes en présence d'un veto absolu ou difficilement surmontable, la faculté de statuer reconnue à l'organe non central perd de sa réalité.

Lorsque le contrôle a priori est effectué dans le but d'assurer la conformité de l'acte non central aux normes supérieures, le veto est généralement définitif. Cependant il existe des hypothèses où même dans ce cas, soit la décision locale n'en est pas moins valide, soit l'organe local peut le surmonter.

Ainsi en Suisse les cantons selon les dispositions de la Constitution fédérale, sont tenus " de demander à la Confédération la garantie de leurs constitutions "(⁷⁹¹), cependant ceci " ne doit pas être interprétée comme une condition nécessaire de validité mais comme une mesure, liée au pacte fédéral, de contrôle de légalité et de conformité par les autorités fédérales garantes "(⁷⁹²) et ainsi "le refus éventuel de garantie ... ne détruit pas la validité du ou des articles contestés, en droit cantonal "(⁷⁹³).

En Italie, la loi à laquelle le Gouvernement a fait obstacle, est retournée à l'Assemblée régionale qui pour surmonter ce veto doit l'approuver à la majorité absolue de ses membres.

Ce n'est qu'après cet éventuel dépassement du veto gouvernemental, que l'on trouvera un veto définitif. En effet si cette majorité est obtenue, le Gouvernement n'est pas démuni puisqu'il

⁷⁹¹.Art.6 Constitution fédérale du 29/5/1874

⁷⁹².J. ROHR La démocratie en Suisse, p. 190 ECONOMICA 1987

⁷⁹³.Ibid. p. 192

peut dans le délai de délivrance du visa, saisir la Cour Constitutionnelle qui statuera en dernier ressort, sans donc qu'il soit possible pour l'assemblée régionale de dépasser le veto de la Cour.

Au Portugal, si la conformité est admise par le juge constitutionnel, le Ministre de la République ne sera pas tenu de procéder à la publication, puisqu'il pourra apposer son veto dans les quinze jours suivants la publication de la décision du Tribunal constitutionnel. Renvoyée alors à l'assemblée locale, celle-ci peut surmonter le veto à la majorité absolue de ses membres, contraignant ainsi le Ministre de la République à publier la décision pour qu'elle entre en vigueur.

Si la décision du Tribunal déclare la décision locale non conforme, le Ministre de la République doit apposer son veto et renvoyer la décision à l'assemblée. Celle-ci pourra soit expurger du texte les dispositions non conformes, soit le confirmer à la majorité des deux tiers des membres présents. Cette possibilité de confirmation semble être réservée pour certains à l'Assemblée de la République et donc exclue pour les assemblées régionales, le Tribunal n'a pas encore tranché la question. Après avoir été expurgé ou confirmé le texte peut " être promulgué ou signé ...par le Ministre de la République " mais il n'en a pas l'obligation (⁷⁹⁴).

L'inexistence au profit de l'organe central d'une faculté de statuer non centrale, condition nécessaire de la décentralisation, et les modalités d'exercice de la faculté d'empêcher vont constituer les éléments principaux de l'interaction des organes centraux et locaux dans la production de la norme non centrale. Cette interaction se structure autour de l'idée de légalité dont l'application demeure fondamentalement contingente car notamment elle intègre "les intérêts nationaux" ou autres principes supposés reconnus par les textes supérieurs, permettant ainsi une régulation des rapports entre organes centraux et locaux à partir d'une légalité " à géométrie variable " (⁷⁹⁵). D'où la nécessité d'accorder aux organes non centraux, une faculté d'empêcher les organes centraux, en veillant toutefois à préserver la faculté de statuer de ces derniers.

⁷⁹⁴.P. BON La justice constitutionnelle au Portugal - Présentation générale – p. 122, ECONOMICA 1989

⁷⁹⁵.J.C. HELIN La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit, p. 281 de l'ouvrage collectif "L'administration française face aux défis de la décentralisation" Editions S.T.H. 1988

B) La faculté d'empêcher non centrale doit préserver la faculté de statuer centrale

La faculté d'empêcher non centrale ne doit pas pour autant annihiler la faculté de statuer centrale.

Ici la volonté de préserver la faculté de statuer centrale va se manifester dans la nécessité de garantir l'unité de l'ordre juridique. Remettre à un organe non central la faculté d'empêcher un organe central ne doit pas aboutir en effet, à octroyer à l'organe non central la possibilité de faire obstacle à l'application d'un acte central. Il ne s'agit donc pas de donner à tout organe non central un veto individuel.

Une telle possibilité porterait atteinte au caractère hiérarchisé de l'ordre juridique, en ce qu'elle serait assimilable à une intégration de l'acte central dans l'espace où s'exerce la compétence personnelle de l'organe non central. Cette procédure, que l'on trouve en droit dans le cadre de la ratification des actes internationaux afin de les introduire dans le droit interne, n'est pas concernée ici; elle y est totalement étrangère, puisque contraire à notre hypothèse selon laquelle la question de la centralisation - décentralisation se pose exclusivement dans les ordres juridiques hiérarchisés.

Il s'agit de reconnaître à chaque organe non central la possibilité de formuler son opposition à un acte central qui porterait atteinte à la division de la faculté de statuer, telle que celle-ci a été opérée par la norme première. Il s'agit donc d'un moyen permettant de préserver l'organisation du pouvoir normatif remise en cause par l'acte central. Pour éviter toutefois, que pour un prétexte particulier, on invoque une atteinte à l'organisation du pouvoir, ce veto pour réussir à réaliser l'empêchement doit être manifesté par un certain nombre d'organes non centraux (au minimum deux). De la pluralité de l'opposition naîtra la garantie de la faculté de statuer des organes non centraux que voulait méconnaître l'acte central empêché, mais aussi la garantie de la faculté de statuer centrale qui n'est empêchée que sous conditions formelles.

Il convient de constater qu'une telle faculté d'empêcher remise à des organes non centraux est rare sans nous être inconnue. En effet le constituant de 1793 avait prévu à l'article 59 de la

constitution, l'exercice d'une telle faculté d'empêcher au profit des citoyens, puisque les lois proposées n'acquerraient le titre de loi que si le peuple n'exprimait pas son veto ⁽⁷⁹⁶⁾.

Plus proche de nous dans le temps et plus significative pour notre étude, la Suisse prévoit la soumission des lois fédérales et des arrêtés fédéraux " à l'adoption ou au rejet par le peuple lorsque la demande en est faite par 50000 citoyens ou par **8 cantons** " ⁽⁷⁹⁷⁾. Ainsi les cantons et les citoyens suisses se sont-ils opposés à la volonté fédérale de " mener une politique conjoncturelle pour lutter contre l'inflation et le chômage " ⁽⁷⁹⁸⁾. Comparant l'évolution du nombre des communes en Suisse et en Europe et constatant que la Suisse a conservé pratiquement le même nombre de communes alors que les pays européens procédaient ou tentaient de procéder à des coupes sombres, M. FRENKEL pense que ce résultat est du notamment au fait que la fusion de communes était inimaginable car " elle aurait du être acceptée par les électeurs de ces mêmes communes " ⁽⁷⁹⁹⁾.

Cette faculté dont disposent les Suisses, explique pour certains le refus d'adhésion aux Communautés exprimé par les citoyens de cet Etat ⁽⁸⁰⁰⁾.

Il apparaît donc, que les modalités de l'exercice des facultés constituent les éléments de définition des différents types d'organisation du pouvoir normatif concerné.

Sous - Chapitre II) Les modalités de mise en œuvre des principes, fondement des concepts

⁷⁹⁶. Art.59 de la Constitution française du 24/6/1793 : " Quarante jours après l'envoi de la loi proposée, si dans la moitié des départements plus un, le dixième des assemblées de chacun d'eux ... n'a pas réclamé le projet est accepté ".

⁷⁹⁷. Art.89 Constitution fédérale de la Suisse du 29/5/1874; les termes en gras ont été soulignés par nous.

⁷⁹⁸. M. CROIZAT Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines, p. 106-107, coll. Clefs "Politique", MONTCHRESTIEN 1992

⁷⁹⁹. M. FRENKEL Mécanismes de stabilité fédéraliste: l'expérience helvétique, p. 36, Annales de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J. 1989

⁸⁰⁰. F. SAINT-OUEN La Suisse et la question de l'Europe politique, p. 26, Annales de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J. 1989, du même auteur " Suisse et Communauté Européenne: deux modèles d'intégration opposés ? Documents dactylographiés du colloque " La commune, l'Etat et le Droit; Bicentenaire de la Révolution et marché unique européen, Faculté de droit de TOURS, 9 & 10 Novembre 1989. Cette réticence s'est exprimée lors du scrutin du 6 décembre 1992 rejetant l'adhésion de la Suisse à l'espace économique européen; cf. J.F. FLAUSS La constitution suisse face à l'espace économique européen -chronique d'un aggiornamento manqué-, R.D.P. 1993 p. 1601

La faculté de statuer des organes constitue le centre du système. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de la garantir, mais la méthode diffère selon que l'on désire assurer le monopole de l'organe central ou celui de l'organe non central.

Section I) La centralisation ou le monopole de la faculté de statuer des organes centraux

Le monopole de la faculté de statuer des organes centraux sera garanti soit par l'inexistence d'organes non centraux, soit par la subordination de la faculté de statuer reconnue à des organes non centraux à celle des organes centraux. La première méthode n'est citée que pour mémoire, l'on peut même se demander si elle a existé? Seule la seconde, retiendra l'attention.

Sous-section I) Les techniques d'organisation du monopole

"Sont centralisées les activités dont la maîtrise appartient à un organe central, c'est à dire unique pour tout l'Etat,..."⁽⁸⁰¹⁾.

Cette définition fait apparaître la question de savoir si effectivement la centralisation interdit l'existence d'organes non centraux susceptibles d'édicter ces normes dans l'activité concernée.

Il s'agit en effet de déterminer si la maîtrise de l'activité qu'évoque l'auteur implique l'unicité de l'organe ou si l'on peut connaître des formes d'organisation de cette maîtrise admettant l'existence d'une pluralité d'organes; certains centraux, d'autres locaux?

Pour Ch. EISENMANN la centralisation n'exclut pas l'éventualité de l'intervention d'organes locaux tout en maintenant la maîtrise centrale de l'activité puisqu'il affirme qu'" une activité normative est centralisée si c'est en dernière analyse un organe central qui décide quelles normes seront par elle posées " ⁽⁸⁰²⁾.

Il envisage deux types de centralisation: la centralisation pure et parfaite et la centralisation imparfaite " lorsque participent à une activité à la fois des organes centraux et des organes non centraux, mais que la maîtrise de l'activité appartient à un organe central, c'est à dire unique pour l'Etat tout entier "⁽⁸⁰³⁾.

I) " La centralisation pure et parfaite " ⁽⁸⁰⁴⁾

Pour Ch. EISENMANN " Il y aura centralisation pure ou parfaite relativement à une activité lorsqu'elle est exercée exclusivement, donc entièrement, par un organe ou des organes centraux "⁽⁸⁰⁵⁾.

⁸⁰¹. Ch. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p. 70 L.G.D.J. 1948

⁸⁰².Ibid. p. 70

⁸⁰³.Ibid. p. 71

⁸⁰⁴.Ch. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p. 70, DALLOZ 1948

⁸⁰⁵.Ibid. p 70

Dans mon hypothèse ceci signifiera que faculté de statuer et d'empêcher sont exclusivement entre les mains d'organes centraux.

Ceci implique de resituer d'une part la concentration et la décentralisation par services dans ce contexte.

Concernant le dernier point, la centralisation pure et parfaite autorisant l'exercice de cette activité par plusieurs organes centraux, permet selon Ch. EISENMANN, une division horizontale des pouvoirs qui prendrait la forme de la décentralisation par services. Selon l'auteur, la décentralisation par services constituerait une modalité formelle du pouvoir de décision, compatible avec sa thèse de la centralisation pure et parfaite.

Ayant montré que la décentralisation par services appartenait aussi à la décentralisation déterminée *ratione personae* au sens de Ch. EISENMANN, on voit donc que l'on ne peut la considérer comme une hypothèse de centralisation pure et parfaite dans la mesure où elle représente une hypothèse de division de la faculté de statuer.

Concernant la concentration (mot peu usité mais qui se déduit de la déconcentration, terme largement répandu par contre), Ch. EISENMANN affirme qu'il s'agit d'" un cas de centralisation parfaite du pouvoir normateur "(⁸⁰⁶). Pour établir son sens, Ch. EISENMANN a été contraint de partir de ce que la doctrine entendait par déconcentration car peu d'auteurs la définissaient positivement (⁸⁰⁷). Or la déconcentration est présentée comme l'augmentation des "pouvoirs des agents locaux des gouvernants"(⁸⁰⁸), opération assimilée par certains auteurs

⁸⁰⁶.Ch. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p. 145, L.G.D.J. 1948

⁸⁰⁷.M. HAURIOU l'utilisait et l'assimilait à la centralisation puisque celle-ci était le résultat d'une triple concentration:- " la concentration de la force publique aux mains de l'administration centrale ..." - "la concentration du pouvoir de décision ..." - "la hiérarchie des agents "- Pour l'éminent juriste, la concentration excluait l'existence de pouvoirs propres de décision pour les subordonnés mais il constatait qu'exceptionnellement tel pouvait être le cas sans en tirer alors de conclusion sur le caractère concentré ou non desdits subordonnés. Précis élémentaire de droit administratif, p. 41 & s, SIREY 1938.

⁸⁰⁸.L. DUGUIT Traité de droit constitutionnel, p. 68, tome 3, BOCCARD 1930

à la décentralisation ⁽⁸⁰⁹⁾. La négation de cette déconcentration, à savoir la suppression du pouvoir de décision des subordonnés, correspond à la confusion entre les mains d'organes centraux de ce pouvoir et ainsi donc à la centralisation pure et parfaite.

Dès lors, il y a synonymie des deux termes. L'inverse respectif de l'un et l'autre correspond à une modalité de l'organisation du pouvoir normatif. La déconcentration (centralisation imparfaite) relève de la centralisation car elle n'emporte qu'une séparation fictive de la faculté de statuer.

II) " La centralisation imparfaite "⁽⁸¹⁰⁾ ou la division fictive de la faculté de statuer

" On peut dire que la centralisation ne couvre pas seulement les hypothèses d'exercice d'une activité par des organes centraux - à compétence illimitée - mais également celle de son exercice par des organes centralisés ..." Par là même " le domaine de la centralisation ne s'arrête pas là où apparaissent des organes non centraux, il s'étend au moins jusqu'où ces organes sont encore centralisés "⁽⁸¹¹⁾.

Cette centralisation imparfaite s'exprime au travers de l'autorité hiérarchique ⁽⁸¹²⁾ et de l'association inégalitaire ⁽⁸¹³⁾.

A) La centralisation imparfaite par soumission à l'autorité hiérarchique

Pour Ch. EISENMANN " lorsque des organes non centraux sont ainsi soumis à l'autorité hiérarchique d'un organe central, on les dit centralisés ..." ⁽⁸¹⁴⁾.

⁸⁰⁹.R. CARRE DE MALBERG Contribution à la théorie générale de l'Etat, p. 170, note 14, SIREY 1920, réédition C.N.R.S. 1962

⁸¹⁰.Ch. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p. 71, DALLOZ 1948

⁸¹¹.Ibid. p. 82

⁸¹².Ibid. p. 72 & s

⁸¹³.Ibid. p. 83 & s

⁸¹⁴.Ibid. p. 82

L'étude de ce type de centralisation amène l'auteur à distinguer l'autorité hiérarchique du pouvoir hiérarchique; l'autorité hiérarchique étant " le genre ou le principe du rapport entre organes ", le pouvoir hiérarchique résumant les " instruments juridiques " de l'autorité hiérarchique ⁽⁸¹⁵⁾.

" L'autorité hiérarchique est le droit de faire, dans ses rapports avec un autre agent, prévaloir sa volonté personnelle, soit en le dirigeant, soit en le corrigeant"⁽⁸¹⁶⁾. Les pouvoirs hiérarchiques se définiront comme " les pouvoirs, soit de direction ou commandement, soit de correction ou redressement, qui permettent à un organe de faire prévaloir sa volonté personnelle dans ses rapports avec un autre "⁽⁸¹⁷⁾.

Pour l'auteur "seuls les pouvoirs discrétionnaires de direction ou commandement et les pouvoirs discrétionnaires de correction ou redressement de la conduite d'autrui sont des pouvoirs hiérarchiques"⁽⁸¹⁸⁾.

1) le contenu du pouvoir de direction

Pour Ch. EISENMANN la maîtrise d'une activité découle du pouvoir discrétionnaire d'ordonner, d'adresser des injonctions, de fixer des prescriptions, de donner des instructions, de réformer ...

Or l'examen du droit positif concernant les rapports entre subordonnés et supérieurs montre l'importance d'une subordination personnelle de l'inférieur, c'est à dire d'une soumission de sa personne en tant qu'être social au supérieur.

Il est regrettable à cet égard que Ch. EISENMANN dont toute l'analyse de la centralisation - décentralisation repose sur la notion de compétence personnelle, n'ait pas construit son

⁸¹⁵.Ibid. p.72

⁸¹⁶.Ibid. p.73

⁸¹⁷.Ibid. p. 74

⁸¹⁸.Ibid. p.75

raisonnement relatif à l'autorité hiérarchique sur le même modèle puisque cet aspect personnel de l'autorité hiérarchique ne fait l'objet que d'allusions et de renvois (⁸¹⁹).

On ne peut comprendre la centralisation imparfaite par autorité hiérarchique sans le recours à ce pouvoir personnel. En effet J.C. GROSHENS a montré que le droit positif relatif aux pouvoirs du supérieur hiérarchique sur les actes de ses subordonnés tels que les envisage Ch. EISENMANN, était loin de refléter l'idéal théorique que celui-ci énonce pour discriminer les pouvoirs hiérarchiques des autres hypothèses d'interaction des autorités locales et centrales(⁸²⁰).

L'article de J.C. GROSHENS montre à partir de la jurisprudence du Conseil d'Etat que:

- " le pouvoir hiérarchique est exclusif du pouvoir de substitution et cette règle ne saurait fléchir que si un texte exprès le permet ..."(⁸²¹);
- le pouvoir de réfection lorsqu'il exprime la volonté propre du supérieur, c'est à dire lorsqu'il se traduit par un pouvoir de modification de l'acte de l'inférieur, n'existe pas non plus. En effet, la réformation d'un acte s'analyse en " la réunion dans un seul instrumentum d'une décision de retrait suivie d'une mesure de substitution " (⁸²²). Or le retrait des actes administratifs par le supérieur n'est possible, dans le délai du recours contentieux et sous réserve du respect des droits acquis, tant pour les actes individuels que réglementaires, que pour illégalité; ce qui exclut l'idée que le supérieur fasse prévaloir alors sa volonté et la substitution n'est pas admise, on l'a dit précédemment. L'abrogation par le supérieur s'analyse comme une substitution et ne peut être imaginée notamment en vertu du " parallélisme des compétences " qui implique que " lorsqu'une autorité est compétente pour prendre un acte,

⁸¹⁹.Ainsi Ch. EISENMANN reconnaît que l'on peut obtenir la maîtrise d'une activité: " ... en donnant à un organe pour seul pouvoir sur les actes un droit d'annulation discrétionnaire - droit qui en lui-même et à lui seul ne fonde pas, on l'a déjà noté, l'autorité et la supériorité hiérarchique, mais en y joignant ces droits de révocation et de nomination discrétionnaires qui rendent maîtres des personnes ". Centralisation - décentralisation, p. 78, note en bas de page L.G.D.J. 1948

⁸²⁰.J.C. GROSHENS Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés A.J.D.A. 1966 p. 140

⁸²¹.Ibid. p. 146

⁸²². Ibid. p. 150

c'est cette même autorité qui est compétente pour prendre un acte contraire "⁽⁸²³⁾. En outre le retrait et l'abrogation constituent l'exercice de la faculté d'empêcher et non celle de statuer et ne correspondent pas à notre hypothèse de monopole de la faculté de statuer, puisque l'organe central ne disposerait que de la faculté d'empêcher.

Dans le cadre de la centralisation par autorité hiérarchique, ce qui fait le pouvoir du supérieur sur l'inférieur ce n'est pas le fait qu'il puisse imposer sa volonté à l'inférieur en édictant un acte que celui-ci n'aurait pas voulu mais le fait qu'il contraint l'inférieur à édicter un acte qu'il ne souhaiterait pas. L'inférieur " n'est pas libre, la désobéissance sera sanctionnée; elle le sera par la notation, dont dépend la carrière; elle le sera, éventuellement, par la voie disciplinaire "⁽⁸²⁴⁾.

L'on voit alors que ce pouvoir personnel n'aura pas les mêmes effets selon qu'il touchera le subordonné dans "l'exercice d'une profession"⁽⁸²⁵⁾ ou dans le simple exercice d'une fonction non professionnelle, par exemple élective, dans la mesure où dans cette dernière hypothèse " l'obligation de fonction " du subordonné n'apparaît pas directement intégrée à une hiérarchie des fonctions en ce que le subordonné ne tient pas la sienne du supérieur ⁽⁸²⁶⁾.

Ceci ne signifie pas que l'exercice d'une fonction non professionnelle ne puisse pas être encadré par une subordination personnelle de son titulaire mais simplement qu'elle n'aura pas les mêmes effets ⁽⁸²⁷⁾ puisque le risque est limité à un élément du statut social, la perte de la

⁸²³.P. DELVOLLE L'acte administratif, p. 144 & s et 233 SIREY 1983

⁸²⁴.J. RIVERO Remarques à propos du pouvoir hiérarchique, A.J.D.A.1966, p. 154

⁸²⁵.P. DI MALTA Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique, p. 75 L.G.D.J.1961

⁸²⁶.Ibid. p. 73

⁸²⁷.Pour les élus locaux, cette subordination personnelle est prévue:

- pour les conseillers municipaux à l'article L 121-23 du code des communes qui institue la démission d'office du Conseiller qui refuserait d'accomplir une des fonctions qui lui sont dévolues par la loi sans que la non-assistance aux séances puisse être assimilée à cette hypothèse- C.E. 6/11/1985 Commune de Viry Chatillon R.F.D.A. 1986 p. 388-;
- pour le Conseil Municipal par l'article L 121-4 du code des communes qui institue la dissolution sans la soumettre à des conditions de fond mais à des conditions de forme; ce qui n'a pas empêché qu'elle ne soit pratiquée qu'en cas de blocage institutionnel- cf. Y. MADIOT La dissolution des Conseils Municipaux R.D.P. 1974 p. 373-;
- pour le Maire et les adjoints par l'article L 122-15 qui institue la suspension et la révocation en cas de faute commise soit à l'occasion soit en dehors des fonctions, ces sanctions sont soumises à un contrôle du juge portant sur la matérialité des faits et leur qualification depuis l'arrêt CAMINO du 14/1/1916 -cf. G.A.J.A. p. 178 SIREY 9ème éd.1990-;

fonction non professionnelle; alors que dans l'autre cas, le risque consiste en la perte du statut social qui se décompose en deux éléments: la perte du travail et de la qualité de fonctionnaire.

Le plein sens de l'analyse de Ch. EISENMANN se trouve en fait, lorsque l'organe central ne dispose pas d'un pouvoir professionnel sur l'organe non - central (hypothèse des collectivités locales), c'est à dire lorsque le subordonné n'est pas intégré dans une hiérarchie de fonctions. C'est là en effet que l'on voit expressément reconnu par un texte ainsi que l'avait constaté J.C. GROSHENS le pouvoir de substitution. Le pouvoir personnel qui pèse sur les autorités locales que l'on appelait hier " tutelle sur les personnes " en l'absence du pouvoir relatif à la nomination, à l'avancement n'est pas assimilable à celui qui pèse sur les fonctionnaires dans la mesure où elles disposent d'une autonomie professionnelle; ce qui explique que le pouvoir de substitution de l'autorité centrale à l'autorité locale soit expressément prévu.

2) la question de la substitution

Le pouvoir de correction se traduit par l'acte de remplacer la conduite d'autrui par une conduite différente " (⁸²⁸). Ce pouvoir de correction peut consister à réformer soit une conduite positive - un acte -, auquel cas il pourra s'exprimer par la possibilité d'effacer, d'annuler cette conduite en y substituant une autre conduite; soit une conduite négative - une absence d'action -, auquel cas il s'exprimera par l'accomplissement d'un acte, c'est à dire par une substitution d'action.

Toutefois un problème se pose quant à la manifestation de la subordination de l'autorité locale dans le cadre de la substitution. La substitution traduit-elle un contrôle étranger à l'autorité hiérarchique ou une manifestation de cette autorité? La doctrine classique, on l'a déjà évoqué, intègre le pouvoir de substitution à la tutelle, c'est à dire l'assimile à un contrôle.

- pour les conseillers généraux par la loi du 7/6/1873 modifiée par le décret 70-216 du 17/3/1970 qui institue la démission d'office prononcée par le Tribunal Administratif pour refus d'exercer une fonction prévue par la loi,
 - pour le Conseil Général par l'article 43 de la loi 82-213 du 2/3/1982 qui institue la dissolution lorsque le fonctionnement s'avère impossible,
 - pour les Conseils Régionaux par l'institution de la dissolution selon les critères de l'article 43 la loi 82-213 du 2/3/82, c'est à dire pour fonctionnement impossible. Notons que concernant les conseillers régionaux, la démission d'office pour refus d'accomplir une fonction prévue par la loi n'existe pas.

⁸²⁸.Ch. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p.76, L.G.D.J. 1948

Par une argumentation technique dont la source se trouve chez MONTESQUIEU, Ch. EISENMANN s'élève, à juste titre, contre la doctrine française qui écartait ⁽⁸²⁹⁾ et qui écarte encore ⁽⁸³⁰⁾, des manifestations de l'autorité hiérarchique celles dans lesquelles l'autorité centrale dispose du pouvoir de substitution au motif qu'il s'agirait d'un pouvoir de contrôle et non d'une modalité de l'autorité hiérarchique ⁽⁸³¹⁾.

J'ai précédemment montré que l'exercice du pouvoir de substitution était discrétionnaire, il n'est donc pas utile d'insister pour démontrer qu'il constitue une manifestation de l'autorité hiérarchique. Pour abonder dans ce sens, il n'est pas indifférent de constater que cette exclusion de la substitution de l'autorité hiérarchique et son inclusion dans le contrôle, qu'opère la doctrine classique, constitue une curiosité.

En effet dans l'étude de la substitution dans le cadre du contrôle, l'on nous dit que cette substitution doit être exceptionnelle " sous peine de suppression de toute décentralisation " ⁽⁸³²⁾. Or nul ne s'interroge sur la nature du pouvoir qu'exprime, même quand il est exceptionnel, ce pouvoir de substitution. La conclusion est d'après ce raisonnement relativement simple puisque s'il n'était plus exceptionnel, il n'y aurait plus décentralisation; c'est donc que ce pouvoir n'exprime pas un pouvoir de contrôle mais un pouvoir hiérarchique car la nature d'un pouvoir ne saurait tenir dans la dose de son administration; raisonner différemment revient à confondre l'effet avec la nature. Dans son étude sur la notion de tutelle, S. REGOURD a parfaitement souligné la curiosité du raisonnement de la doctrine sur la substitution ⁽⁸³³⁾.

⁸²⁹.Ibid. p.147 & s

⁸³⁰. par ex. M. BOURJOL Droit administratif, tome 1, p. 102 MASSON 1972, R. CHAPUS Droit administratif général, p. 254 & s MONTCHRESTIEN 4^{ème} éd.1988, J. MOREAU Droit administratif, p. 122 & s Coll. Droit fondamental P.U.F. 1989, G. VEDEL & P. DELVOLLE Droit administratif, tome 2, p. 392 & s coll. THEMIS P.U.F.1990.

⁸³¹.Ch. EISENMANN Centralisation – décentralisation, p. 151 & s L.G.D.J. 1948,

⁸³².G. VEDEL & P. DELVOLLE Droit administratif, p. 397, tome 2, coll. THEMIS P.U.F. 1990

⁸³³.S. REGOURD La notion de tutelle en droit administratif français, p. 157, L.G.D.J. 1982

L'autorité hiérarchique, expression de la centralisation imparfaite se manifeste donc sous deux formes:

- un pouvoir personnel du supérieur sur l'inférieur, c'est à dire un pouvoir sur la personne du subordonné limité aujourd'hui par la loi. En effet la dangerosité pour les libertés publiques d'un tel pouvoir personnel a conduit dans un Etat de droit à son encadrement qui se manifeste dans le statut de la fonction publique et dans les conditions dans lesquelles les agents du pouvoir central non nommés par celui-ci peuvent voir leurs fonctions affectées par lui.
- un pouvoir discrétionnaire d'ordonner et de réformer en l'absence d'un pouvoir personnel professionnel sur l'agent local.

Cependant la centralisation par subordination hiérarchique n'exprime pour Ch. EISENMANN qu'une des modalités de la centralisation imparfaite.

B) La centralisation par association inégalitaire

Dans cette forme de centralisation l'organe central et l'organe non central participent à la décision, le dernier en ayant la possibilité d'exprimer un refus de consentement à l'édiction de la norme que l'organe central pourra dépasser en prenant la décision soumise au consentement de l'organe non central.

Pour qu'il y ait effectivement association inégalitaire, il faut, selon Ch. EISENMANN, non seulement que l'organe central puisse imposer sa volonté mais aussi qu'il puisse uniquement prendre la décision initiée par l'organe non central ou soumise à l'examen de celui-ci sinon "on sortirait du cadre de ce système pour se rapprocher d'un système de simple consultation préalable obligatoire " (⁸³⁴). C'est donc un simple droit de veto suspensif qui est confié à l'organe non central.

Cette centralisation par association inégalitaire apparaît particulièrement en matière d'urbanisme et d'aménagement notamment au plan communal. En effet, même lorsque ces collectivités sont dotées d'un plan d'occupation des sols, l'Etat redevient compétent "soit par

⁸³⁴.Ibid. p. 84

l'entier pouvoir de décision, soit par un pouvoir de codécision - dans ce qui a trait à la protection du patrimoine ...ainsi que lorsque sont en cause certaines opérations d'intérêt national..."⁽⁸³⁵⁾.

Ce type d'association inégalitaire existe aussi en matière de regroupement communal. Ici la règle de la majorité qualifiée pour passer outre la volonté d'une commune qui ne désire pas s'associer au regroupement pondère le système mais n'en modifie pas la substance.

Sous - section II) Les différentes centralisations

La centralisation peut exister aux différents niveaux de la hiérarchie des normes et selon celui-ci permettre de qualifier un type d'Etat, comme l'avait pressenti M. HAURIOU qui distinguait centralisation administrative et centralisation politique, celle-ci exprimant notamment " l'unité ... dans la législation "⁽⁸³⁶⁾.

I) la centralisation législative, critère de l'Etat unitaire

En définissant l'Etat unitaire comme l'expression de la centralisation législative, nous sortons de l'imprécision doctrinale et nous pouvons, selon les modalités de cette centralisation, distinguer les types d'Etat unitaire ou plus généralement d'ordre juridique hiérarchisé centralisé en matière législative.

A) Définition de l'Etat unitaire

Aujourd'hui encore l'Etat unitaire n'est pas précisément défini, un certain mode de production de la loi le permet.

1) L'imprécision doctrinale

⁸³⁵. J.B. AUBY & H. PERINET-MARQUET Droit de l'urbanisme et de la construction, p. 46 & p. 49, MONTCHRESTIEN 1989. A titre d'exemple, je citerai l'art. L 122-1-4 du code de l'urbanisme qui permet au Préfet de procéder à la modification d'un schéma directeur en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général.

⁸³⁶.M. HAURIOU Précis élémentaire de droit administratif, p. 40, 4^{ème} éd., SIREY 1938

La notion d'Etat unitaire, en apparence simple, connaît pourtant de multiples définitions.

Ainsi à titre d'exemples, pour A. HAURIOU c'est une collectivité étatique qui n'est pas " divisible en parties internes méritant elles-mêmes le nom d'Etat "⁽⁸³⁷⁾, ce qui implique la confusion de la définition de l'Etat unitaire avec la définition même de l'Etat. Pour M. PRELOT et J. BOULOUIS "l'Etat unitaire conjoint l'unité politique et l'unité administrative de structures", ce qu'ils traduisent par l'expression " Etat unitaire centralisé " (⁸³⁸), ce qui implique la confusion de l'Etat unitaire avec la définition de l'Etat centralisé.

En d'autres termes, le caractère unitaire de l'Etat ne saurait constituer à lui seul un objet d'études, puisqu'il faudrait pour l'appréhender le rapporter à un déterminant variable selon les auteurs.

Cette approche du phénomène étatique tend même parfois vers la mystique comme le révèle la " signification juridique " de l'Etat unitaire de G. BURDEAU qui affirme que c'est " celui dans lequel l'organisation constitutionnelle répond à la triple unité du souverain, de la puissance d'Etat et des gouvernants"(⁸³⁹).

Aussi je propose de sortir de cette imprécision en s'attachant au mode de production de la norme seconde.

⁸³⁷.A. HAURIOU Droit constitutionnel et institutions politiques, p. 144 MONTCHRESTIEN 1972

⁸³⁸.M. PRELOT & J. BOULOUIS Institutions politiques et droit constitutionnel, p. 242 Dalloz 8^{ème} éd.1980

⁸³⁹G. BURDEAU Traité de Science Politique, Tome II, p. 351 L.G.D.J. 2^{ème} éd. 1967

2) L'Etat unitaire: Etat de production centralisée de la loi

En effet la décentralisation ne pouvant intervenir qu'au niveau de la norme seconde, la confusion des facultés de statuer et d'empêcher au profit d'organes centraux à ce niveau de la hiérarchie des normes constituera le critère de l'Etat unitaire. La norme seconde est la norme immédiatement inférieure à la constitution. Cependant cela ne concerne que les ordres juridiques hiérarchisés qui s'appellent "Etat". En fait, on verra, notamment à propos de l'Union Européenne, qui constitue un ordre juridique hiérarchisé, que la norme première peut être un traité. Celui-ci organise alors, la production des normes secondes à son égard, les règlements et directives, d'une façon qui implique un caractère centralisé de l'Union Européenne.

Aussi la définition de l'Etat unitaire, "espèce" la plus répandue d'ordre juridique hiérarchisé centralisé, peut être exprimée ainsi: ordre dans lequel la loi, norme seconde au regard de la norme première constitutive (constitution), est produite par un ou des organes centraux ou centralisés qui détiennent l'exclusivité de la faculté de statuer.

B) Les types d'Etats unitaires

Conformément à l'analyse d'EISENMANN on pourra rencontrer des Etats unitaires dans lesquels la production de la loi sera toute entière réalisée par des organes centraux.

Il est aussi parfaitement possible dans un Etat unitaire, d'imaginer que des organes non centraux soient associés à la confection de la loi, à la condition toutefois que ces organes soient subordonnés à l'organe central ou aux organes centraux titulaires de la faculté de statuer, c'est à dire soumis à l'autorité hiérarchique soit par subordination personnelle des organes non centraux, soit par subordination de la faculté de statuer non centrale au moyen d'un pouvoir de substitution.

Cette hypothèse qui exprime apparemment une division de la faculté de statuer, constituera une confusion au profit d'organes centraux et donc un cas de centralisation.

La subordination de l'organe local à l'organe central se manifeste en Chine populaire (⁸⁴⁰) où non seulement est affirmée "l'unité et l'intégrité de la légalité socialiste"(⁸⁴¹) mais aussi le contrôle d'un organe central sur les organes locaux puisque les règlements élaborés par les assemblées des provinces et des municipalités sous contrôle direct de l'autorité centrale sont soumis" au Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale "qui prendra acte de leur conformité à la Constitution, aux lois et aux règlements administratifs de l'Etat"(⁸⁴²). Les statuts et règlements particuliers des régions autonomes sont de façon identique soumis à l'approbation du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale (⁸⁴³).

On verra que cette subordination n'existe pas uniquement dans ces contrées lointaines, puisque la France pour les T.O.M. et l'Union Européenne en matière de directives présentent ces caractères.

On peut dire pour conclure que l'Etat unitaire est celui dans lequel au mieux existe une séparation horizontale du pouvoir contribuant ainsi à caractériser son régime politique.

II) La centralisation réglementaire, critère de l'Etat centralisé (⁸⁴⁴) ou concentré

Là encore, en définissant l'Etat centralisé comme l'expression de la centralisation réglementaire, nous sortons d'un certain flou doctrinal et nous pouvons, selon les modalités de cette centralisation, distinguer des types d'Etats centralisés.

⁸⁴⁰.J. TAO Le contrôle de constitutionnalité en R.P.C., R.D.P. 1987, p. 583 & s

⁸⁴¹.Art.5 Constitution de la République populaire de Chine du 4 Décembre 1982, Constitutions & documents politiques, p. 996 M. DUVERGER, P.U.F.1989

⁸⁴².Art. 100 Constitution chinoise précitée.

⁸⁴³.Art.116 Constitution chinoise précitée.

⁸⁴⁴.En affectant ce terme au mode de production du règlement, je reprends le langage commun qui spécifie généralement à ce niveau dans la hiérarchie des normes, le mot " centralisation"

A) Définition de l'Etat centralisé ou concentré

Longtemps dénoncée, l'absence de définition précise de l'Etat centralisé, peut nous semble-t-il, cesser si l'on veut bien se référer au mode de production du règlement.

1) L'imprécision doctrinale

La notion d'Etat centralisé ou concentré comme celle d'Etat unitaire a donné lieu à des définitions très variées qui ne se caractérisaient pas par leur clarté mais plutôt par leur ambiguïté.

Ainsi pour G. BURDEAU " le pouvoir politique est dit centralisé lorsque les agents de l'Etat... monopolisent ... l'utilisation des procédés de création du droit positif "⁽⁸⁴⁵⁾; ici l'on ne sait ce que recouvre l'expression "agents de l'Etat", ni de quelle norme du droit positif il est question.

En distinguant la centralisation politique et la centralisation administrative M. HAURIOU n'a pas livré le critère adapté puisque selon lui " la première concerne l'unité dans le gouvernement et dans la législation; la seconde l'unité dans l'administration ", ce qui est pour le moins abscons. En effet l'unité dans la législation renvoie à la production de la loi tandis que l'unité dans le gouvernement ne renvoie pas à un processus normatif mais simplement à un élément organique. Il en est de même concernant l'unité dans l'administration. Il y a dans cette approche mélange de l'organique et du fonctionnel et donc indétermination puisque seul le terme législation renvoie à un contenu.

Le débat entre M. BOURJOL et L. FAVOREU reflétait cette indétermination du concept d'Etat centralisé puisque M. BOURJOL affirmait que " "la libre administration" implique, en effet, pouvoir de prendre des actes administratifs..."⁽⁸⁴⁶⁾ et L. FAVOREU répondait que " le caractère unitaire de l'Etat consacré par notre Constitution,..., exclut qu'une source normative autonome puisse être reconnue en dehors de celle émanant des organes nationaux "⁽⁸⁴⁷⁾. Le

⁸⁴⁵.G. BURDEAU Traité de Science Politique, Tome 2, p. 355 L.G.D.J. 1967

⁸⁴⁶.M. BOURJOL Principe de libre administration et statut du personnel, p. V, Cahiers du C.F.P.C. Oct.1983

⁸⁴⁷.L. FAVOREU Principe de libre administration et statut du personnel, p. IX, Cahiers du C.F.P.C. Oct.1983

premier parlait d'actes déterminés, le second embrassait tous les actes susceptibles d'être produits dans un Etat unitaire.

Ceci montre la nécessité de distinguer Etat unitaire et Etat centralisé à l'aide d'un critère clair et déterminant, ce qui n'exclut pas, que l'on puisse avoir un Etat unitaire centralisé.

2) L'Etat centralisé ou concentré; Etat de production centralisée ou concentrée du règlement

L'Etat unitaire concernant le mode de production de la loi, norme seconde par rapport à la constitution, la centralisation ⁽⁸⁴⁸⁾ exprimera au profit d'organes centraux, le monopole de la faculté de statuer en matière réglementaire.

Cette proposition coïncide partiellement avec l'idée de B. REMOND et J. BLANC qui considèrent que " la centralisation impose l'unité dans l'exécution des lois et dans la gestion des services "⁽⁸⁴⁹⁾.

Je propose de reprendre cette idée mais en affirmant que la centralisation c'est l'unité dans l'exécution des lois ; c'est à dire faire de cette unité non pas une conséquence mais l'expression même de la centralisation.

Ce monopole de la faculté de statuer en matière réglementaire pourrait, ainsi qu'on l'a vu précédemment pour la loi, se traduire par l'exercice exclusif du pouvoir réglementaire par des organes centraux ou être compatible avec l'existence d'une faculté de statuer reconnue à des organes locaux, si et seulement si, en dernière analyse les organes nationaux disposaient du dernier mot, c'est à dire de la possibilité d'imposer leur volonté aux organes locaux. Il conviendra d'attribuer à ce type de production du règlement, le terme de déconcentration.

⁸⁴⁸.J'avais jusqu'à ce moment utilisé le terme de centralisation de façon générique pour caractériser conformément à l'analyse de Ch. EISENMANN un mode de production des normes sans distinguer entre elles. Dès lors que l'application de ce mode de production en matière législative permet de définir l'Etat unitaire, je propose de réserver l'expression de centralisation à ce mode de production en matière réglementaire. Aussi, sauf spécification contraire, le terme de centralisation sera utilisé désormais exclusivement pour caractériser le mode de production du règlement.

⁸⁴⁹.B. REMOND & J. BLANC Les collectivités locales, p. 26 Presses de la Fondation nationale des sciences politiques et Dalloz 1989

B) Les types d'Etats centralisés

L'existence d'organes non centraux est plus commune à ce niveau de la hiérarchie des normes, sans pouvoir porter atteinte au caractère centralisé de la production réglementaire.

1) la centralisation réglementaire en l'absence d'organes non centraux, critère de la concentration ou centralisation

Ceci correspond à ce qu'EISENMANN appelle la "centralisation pure et parfaite"⁽⁸⁵⁰⁾, c'est à dire la maîtrise par un ou des organes centraux de la production du règlement.

Ch. EISENMANN rangeait dans ce type d'organisation la décentralisation par services qui selon lui s'analysait toujours comme une simple modalité fonctionnelle de répartition du pouvoir normatif et non comme la question de la " division de la collectivité relativement à son appareil d'organes "⁽⁸⁵¹⁾.

Pour l'auteur la prétendue décentralisation par services n'intéresse pas le caractère central ou non central des organes. En effet écrit-il " ce qui caractérise les services d'Etat, c'est que, uniques pour l'Etat tout entier, ils ont à leur tête un organe central. Qu'importe que cet organe soit un ministre ou non, un homme politique ou un technicien, qu'il dirige un groupe immense de services à fonctions assez diverses ou seulement un service très spécialisé: il s'agit toujours d'une autorité nationale. Et voilà pourquoi le passage de l'un à l'autre cas ne produit aucune mutation dans le caractère du service: il est et reste d'Etat, parce qu'il est et reste pour l'Etat."⁽⁸⁵²⁾. En d'autres termes la décentralisation par services " ne signifie pas qu'une certaine activité soit confiée à des organes distincts et indépendants pour différentes fractions de la

⁸⁵⁰.Ch. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p. 70 L.G.D.J. 1948

⁸⁵¹.Ch. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p. 23 & s L.G.D.J.1948

⁸⁵².Ch. EISENMANN Centralisation – Décentralisation, p. 25 L.G.D.J.1948

collectivité; elle ne se traduit pas par l'institution d'une multiplicité d'organes à compétence personnelle limitée ..."(⁸⁵³).

J'ai montré précédemment que la décentralisation par services était une modalité de la décentralisation personnelle. En conséquence, on ne peut inclure ce type d'organisation de la production normative dans le cadre de la centralisation pure et parfaite.

Il convient de rappeler que la décentralisation par services résulte de l'isolement d'une activité au sein des activités d'une collectivité ainsi que le constatait Ch. EISENMANN.

Or qu'il s'agisse des Universités, des Chambres consulaires, des Fédérations sportives, des Ordres professionnels, il y a bien là organisation de services autour de la distinction organes centraux et non centraux, c'est à dire à partir de leur compétence personnelle limitée.

2) la centralisation réglementaire par subordination d'organes non centraux, critère de la déconcentration

Ch. EISENMANN contestait cette notion de déconcentration qui n'avait pas le même objet que sa problématique centralisation - décentralisation. Nous avons montré que la déconcentration exprime une compétence personnelle limitée, mais celle-ci étant subordonnée aux organes centraux, elle n'en traduit pas moins une hypothèse de centralisation réglementaire.

a) Concentration et déconcentration chez Ch. EISENMANN

Selon Ch. EISENMANN la centralisation au sens général autorise l'association d'organes non centraux à la production de la norme. Dans un Etat centralisé (au sens restreint), même si l'on constate l'existence d'une faculté de statuer au plan non central, elle ne saurait traduire une autonomie du règlement non central au regard du règlement national. En effet cette faculté de statuer au plan non central doit nécessairement être subordonnée à celle qui s'exprime au plan national pour que subsiste le caractère centralisé de l'Etat.

⁸⁵³.Ibid. p. 26

Cela ne condamne donc pas la participation d'organes locaux à l'édiction des règlements mais impose qu'en dernière analyse le dernier mot revienne à l'organe central.

Quel type de production du règlement correspond à cette partition du pouvoir normatif réglementaire?

L'on pense inévitablement alors à la déconcentration, d'autant que G. BURDEAU en fait une des conditions de la centralisation dans un Etat moderne ⁽⁸⁵⁴⁾.

Ch. EISENMANN dénonce le recours aux termes de concentration et déconcentration en ce qu'il provoque une confusion avec les expressions centralisation et décentralisation et résulte d'une ignorance de la centralisation pure et parfaite, d'une part ⁽⁸⁵⁵⁾ et de la différence d'objet des deux groupes d'expression, concentration et déconcentration ayant trait au " pouvoir formel de décision " alors que centralisation et décentralisation viseraient "la structure de la collectivité" d'autre part ⁽⁸⁵⁶⁾.

Visant à cet égard BONNARD, il écrit: " la doctrine française ignore la notion de centralisation pure ou parfaite, telle qu'elle se dégage de l'idée même de centralisation. Pour elle, la centralisation se limite, donc s'identifie à la centralisation par autorité hiérarchique, forme radicale de la centralisation imparfaite: celle-ci apparaît comme la centralisation, purement et simplement. Il s'ensuit qu'à ses yeux, la centralisation inclut tout comme la décentralisation, l'existence d'organes non centraux; c'est bien en effet son idée que la centralisation ne se distingue de la décentralisation que par le règlement différent des rapports entre organes centraux et organes non centraux : l'essence de la centralisation serait le " rattachement hiérarchique " des organes non centraux aux organes centraux, le pouvoir hiérarchique des seconds envers les premiers "⁽⁸⁵⁷⁾.

⁸⁵⁴.G. BURDEAU Traité de science politique, tome II, p. 362 L.G.D.J. 1967

⁸⁵⁵.Ch. EISENMANN Centralisation – décentralisation, p. 142 & s, L.G.D.J. 1948

⁸⁵⁶.Ibid. p. 145

⁸⁵⁷.Ibid. p. 142

Cette ignorance de la théorie de la centralisation parfaite serait, selon EISENMANN, due à la théorie de la concentration et de la déconcentration (⁸⁵⁸).

Pour l'éminent auteur, il ne saurait y avoir confusion car concentration et déconcentration n'auraient pas le même objet que centralisation et décentralisation. Ces dernières portent sur la structure de la collectivité, les premières sur " le pouvoir formel de décision " (⁸⁵⁹).

En fait, la déconcentration s'exprime par une compétence personnelle limitée et ainsi cette organisation du pouvoir de décision met en cause la structure du pouvoir normatif.

Par ailleurs après avoir montré que la centralisation pure et parfaite s'identifie à la concentration; Ch. EISENMANN montre que centralisation imparfaite et déconcentration sont synonymes, en ce que les deux expressions recouvrent l'association d'organes non centraux à la décision qui en dernière analyse appartient à un organe central.

La synonymie entre centralisation imparfaite et déconcentration implique le même état entre centralisation et concentration.

b) la déconcentration: division fictive de la faculté de statuer en matière réglementaire

Ces précisions apportées, il y aura déconcentration lorsque le pouvoir de faire le règlement sera divisé entre organes centraux et non centraux de telle façon que l'organe central titulaire d'une faculté de statuer en matière réglementaire dispose de la faculté d'imposer sa volonté à l'organe local soit par le pouvoir d'ordonner, soit par le pouvoir de faire aux lieu et place de l'organe local en réformant ou en palliant son silence normatif selon que l'organe local est ou non subordonné professionnellement à l'organe central.

⁸⁵⁸.Ibid. p. 143

⁸⁵⁹.Ibid. p. 145

Le domaine de la police administrative que j'avais précédemment mis de côté, illustre bien cela, ainsi que la distinction entre les hypothèses où l'organe central dispose ou non d'un pouvoir personnel sur la profession de l'organe non central.

E. PICARD montre que le Préfet dans l'exercice de son pouvoir de police est amené à prendre "le même acte de police" que ses collègues nonobstant des circonstances départementales peut-être différentes, sur le fondement de circulaires nationales. Cette action préfectorale de "duplication" trouve son origine dans la subordination personnelle des Préfets. En effet, ni le risque d'une substitution de l'autorité supérieure dont l'impossibilité est révélée par la jurisprudence ainsi que l'a montré J.C GROSHENS ⁽⁸⁶⁰⁾; ni l'hypothétique reproduction des mêmes problèmes dans plusieurs départements, ce qui par ailleurs, selon E. PICARD, justifierait une intervention de l'autorité décrétable et non des Préfets ⁽⁸⁶¹⁾, n'expliquent cette "duplication".

En ce qui concerne le Maire, autorité non soumise à un pouvoir personnel professionnel, on constate, à l'inverse, la pertinence de l'analyse de Ch. EISENMANN sur l'exercice du pouvoir de substitution.

En effet le Maire en sa qualité d'autorité de police municipale détient un pouvoir réglementaire qu'il exerce sous le contrôle du Préfet, qui peut, après certaines formalités (mise en demeure) ou si le problème à résoudre dépasse la circonscription communale se substituer au Maire, c'est à dire exercer en ses lieu et place la faculté de statuer reconnue au Maire. Le Préfet apprécie discrétionnairement, si les conditions légales de son intervention sont réunies. C'est donc bien une de ces situations, où, selon EISENMANN, l'autorité hiérarchique fait prévaloir sa volonté personnelle par un procédé de direction ou un procédé de correction ⁽⁸⁶²⁾.

En matière d'urbanisme la substitution du Préfet au Conseil municipal illustre une hypothèse de déconcentration dans la mesure où par exemple dans le cas de l'article L.123-7-1 du code

⁸⁶⁰J.C. GROSHENS à l'examen du pouvoir de substitution en arrive à la conclusion que " le pouvoir hiérarchique est exclusif du pouvoir de substitution ". Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés A.J.D.A. 1996, p. 146

⁸⁶¹E. PICARD La notion de police administrative, tome 2, p. 634-635 L.G.D.J. 1984

⁸⁶²Ibid. p. 74

de l'urbanisme c'est le Préfet qui apprécie discrétionnairement, quand un projet est d'intérêt général. Plus généralement en matière d'urbanisme, la déconcentration ressort du fait qu'en l'absence de P.O.S., les dispositions du R.N.U. s'appliquent (⁸⁶³).

L'ordre public dans un Etat de droit, objet de la police administrative, doit être défini pour l'ensemble de la collectivité, sauf à admettre le retour à la féodalité et l'on comprend alors que ce soit dans le domaine de la police administrative que l'on trouve une véritable hiérarchie (⁸⁶⁴) entre le "règlement local" et le "règlement étatique"(⁸⁶⁵), infériorité qui se manifeste aussi dans la subordination de l'organe local à l'organe central soit au travers de la substitution soit au travers du pouvoir personnel exercé sur le subordonné.

Le caractère "national" de l'ordre public explique sans doute aussi que les ressortissants de la communauté européenne qui se sont vus reconnaître la possibilité d'être élus dans les conseils locaux, ne puissent être Maire car cela aurait emporté exercice du pouvoir de police par un étranger (⁸⁶⁶).

En raison de ses conséquences sur les libertés individuelles, l'ordre public devrait être défini exclusivement par le constituant et le législateur afin de garantir la protection des libertés. La réalité du droit positif montre que dans ce domaine, le règlement peut définir le contenu de l'ordre public ainsi que l'atteste la réglementation en matière de sécurité routière, par exemple le port du casque pour les usagers des véhicules à deux roues, ce que R.CHAPUS appelle "la protection des individus contre eux-mêmes"(⁸⁶⁷).

⁸⁶³.cf. à cet égard l'effet de l'annulation d'un P.O.S. C.E. 25/11/1992 Assoc. des amis de St Palais sur mer, p. 173 A.J.D.A. 1992

⁸⁶⁴. C.E. 18.4.1902 Com. de Nérès les Bains G.A.J.A. p. 68 SIREY 1990. Cette hiérarchie imprègne les réflexions des élus et de la doctrine qui de cette hypothèse particulière tirent un principe général, cf. M. GIRAUD Rapport sénatorial n° 33, 1ère session ordinaire, 1981-82 sur le projet de loi relatif aux droits et libertés des communes... p. 65; J.F. LACHAUME La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français, L.G.D.J. 1966

⁸⁶⁵. L'appellation règlement local ou étatique est utilisée par simplification pour évoquer l'organe local ou central titulaire d'une faculté de statuer

⁸⁶⁶.cf. Art.88-2 de la Constitution française après la révision opérée par la loi constitutionnelle du 25/6/1992, voir aussi l'article de F. LUCHAIRE L'Union européenne et la Constitution R.D.P. 1992 p. 933

⁸⁶⁷.R. CHAPUS Droit administratif général, Tome I, p. 520, MONTCHRESTIEN 6^{ème} éd.1992

Ayant défini la centralisation législative et réglementaire, il semble possible de leur opposer la décentralisation législative et réglementaire.

Section II) la décentralisation ⁽⁸⁶⁸⁾ ou le monopole de la faculté de statuer au profit d'organes non centraux

La division de la faculté de statuer entre organes centraux et non centraux est le critère nécessaire d'une production décentralisée (au sens générique) des normes mais il n'est pas suffisant, dans la mesure où, on l'a vu, la faculté de statuer non centrale peut être subordonnée à la volonté d'un organe central.

Si la centralisation (au sens générique), est le monopole de la faculté de statuer au profit d'organes centraux; la décentralisation (au sens générique), son opposé, sera le monopole de cette faculté par un organe non central.

On l'a écrit précédemment, cette faculté de statuer non centrale doit pour autoriser la création de normes être assortie d'une faculté d'empêcher centrale (cf. 1ère partie). Par ailleurs, les organes centraux n'étant pas dépourvus d'une faculté de statuer, ils ne doivent pas, par l'exercice de celle-ci, porter atteinte à la faculté de statuer des organes non centraux (Sous-section I). Selon le degré dans la hiérarchie des normes, auquel interviendra cette décentralisation, on aura des types particuliers d'ordres juridiques (Sous-section II).

⁸⁶⁸.Au sens générique du terme

Sous-section I) Les techniques d'organisation du monopole de la faculté de statuer des organes non centraux

Il y aura décentralisation parfaite lorsque la faculté de statuer non centrale sera garantie dans son existence et dans son exercice (I). L'atteinte à ces garanties caractérisera des hypothèses de décentralisation imparfaite (II).

I) La décentralisation parfaite

La liberté exige, que les facultés de statuer et d'empêcher soient séparées. Cependant cette obligation n'est pas facilement satisfaite, puisqu'on l'a vu, l'exercice de la faculté d'empêcher emporte nécessairement appréciation de la faculté de statuer et les conditions d'exercice de la faculté d'empêcher peuvent conduire son titulaire à posséder en fait, sinon en droit la faculté de statuer ⁽⁸⁶⁹⁾.

Ce n'est pas en réglementant au fond les conditions d'exercice de la faculté d'empêcher que l'on assurera l'autonomie de la faculté de statuer, puisque là encore, le titulaire de la faculté d'empêcher est juge des conditions de fond qui permettent l'exercice de son pouvoir d'empêchement ⁽⁸⁷⁰⁾.

Par ailleurs, la faculté de statuer centrale peut nier l'existence de la faculté de statuer non centrale en s'appuyant sur le principe de subsidiarité. Là encore l'intérêt général support du principe de subsidiarité ne peut être l'élément protecteur de la faculté de statuer non centrale, puisque par définition il constitue la base commune de l'intervention publique dans les deux cas.

⁸⁶⁹. On peut assimiler la faculté de statuer à l'initiative telle que la conçoit S. REGOURD et pour lequel " Retenir le principe du respect de l'initiative de l'autorité décentralisée, c'est ipso facto, retenir celui du respect des dispositions choisies par ladite autorité. C'est prohiber l'intervention du pouvoir central dans la détermination du contenu de l'acte ". L'acte de tutelle en droit administratif français, p. 208, L.G.D.J. 1982

⁸⁷⁰. cf. en matière de tutelle, S. REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français, p. 337 & s, L.G.D.J. 1982, J.P. DUBOIS Le contrôle administratif sur les établissements publics, p. 283 & s, L.G.D.J. 1982

Dès lors reprenant l'idée de G. VEDEL, seuls " des critères formels ou organiques " ⁽⁸⁷¹⁾ peuvent garantir " l'idée de la séparation des pouvoirs, notion organique et formelle " ⁽⁸⁷²⁾.

Ces critères doivent permettre de garantir non seulement l'existence (A) mais aussi l'autonomie (B) de la faculté de statuer non centrale.

A) La garantie de l'existence de la faculté non centrale

L'inscription de cette faculté de statuer dans une norme supérieure constitue sans aucun doute un élément important de cette garantie mais il demeure très insuffisant (1). Dès lors, la garantie de la faculté de statuer non centrale résultera fondamentalement de la participation d'organes non centraux à la formation des normes centrales (2).

1) L'insuffisante protection de la faculté de statuer non centrale par son inscription dans la norme supérieure

La décentralisation (au sens générique) ne se conçoit qu'à partir de la norme seconde et l'on imagine alors que la division de la faculté de statuer opérée par la norme première est de nature, en raison de son autorité sur les normes secondes, à garantir la faculté de statuer des organes non centraux.

Cette protection apparaît cependant illusoire. Il suffit pour s'en convaincre d'examiner le sort réservé aux dispositions de l'article 87 de la Constitution de 1946 qui prévoyait l'exécution des décisions des conseils municipaux et généraux par leur exécutif. Cet article n'a pas été mis en œuvre. Pour expliquer cette situation, les débats du Comité Consultatif Constitutionnel constituent une mine particulièrement enrichissante.

Ainsi le 12 Août 1958, dans la séance du soir, M. MIGNOT, parlementaire C.N.I., s'étonne de la suppression " de toute référence au suffrage universel pour l'élection des conseils locaux et

⁸⁷¹.G. VEDEL Les bases constitutionnelles du droit administratif, E.D.C.E. 1954, . 26

⁸⁷².Ibid. p. 31

l'escamotage de l'exécutif départemental "(⁸⁷³). Le Commissaire du Gouvernement JANOT répondra à M. MIGNOT que " ... concernant la suppression de l'exécutif local ... ce n'est pas vraiment un hasard; c'est simplement le fait que les rédacteurs ont voulu tenir compte de ce qui se passait réellement; ils ont constaté que quelle que soit la qualité des intentions des constituants, jamais cela n'avait été exécuté. Ils en ont donc conclu que ce n'était pas possible ..."(⁸⁷⁴). Or, cette absence d'exécution n'est pas due à l'encombrement du Parlement. Ainsi que le souligne M. BOURJOL, elle apparaît au contraire volontaire. En effet, lors de cette même séance du Comité, M. TEITGEN déclarait: " Je sais bien pourquoi on n'a pas voulu voter cette loi prévue par la Constitution de 1946: c'est de propos délibéré qu'une majorité solide au Parlement s'est toujours refusée à mettre en œuvre cette promesse constitutionnelle, follement imprudente ..."(⁸⁷⁵).

L'impuissance à laquelle veut faire accroire M. JANOT ou l'intention délibérée révélée par M. TEITGEN, renvoient toutes les deux à une absence de caractère normatif de ces dispositions constitutionnelles (⁸⁷⁶). Les acteurs d'alors n'ont pas reconnu à cet article 87 une portée normative (⁸⁷⁷); ce qui conduisait M. JANOT à condamner la vanité de telles dispositions en déclarant: "...croyez-vous qu'il soit bon de donner des directives dans une Constitution, alors que ces directives ont déjà été données dans une Constitution antérieure et qu'elles n'ont pu être appliquées?"(⁸⁷⁸).

⁸⁷³.M. BOURJOL Réflexions sur le pouvoir d'Etat et le pouvoir local. Contribution à l'étude du pouvoir réglementaire autonome, tome 2, p. 560, Cours polycopié D.E.A. 1982-83, Faculté de Droit de Tours

⁸⁷⁴.Commissaire du Gouvernement JANOT, Séance du Comité Consultatif Constitutionnel du 12/8/1958, Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4/10/1958, volume II, p. 443, LA DOCUMENTATION FRANCAISE, 1988

⁸⁷⁵.M. TEITGEN, Séance du Comité Consultatif Constitutionnel du 12 Août 1958, Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4/10/1958, volume 2, p 443-444

⁸⁷⁶.Ceci peut être constaté aussi pour des dispositions législatives; ainsi E.HERRIOT déclarait lors des débats sur les collectivités territoriales le 13/9/1946: " Je prétends que ces textes; les articles 75 et suivants sont ... tout à fait inopérants. ... Nous avons été, par le gouvernement de Vichy et, par la suite, par des gouvernements qui ont trop peu réagi, privés des libertés que nous donnait la loi de 1884. Le texte de la commission ne nous donne même pas l'assurance de revenir au régime de 1884 ". J.O. A.N.C., séance du 13/9/1946, p. 3729

⁸⁷⁷.P. BASTID constatait que " dans toute constitution écrite, quelle qu'elle soit, il y a des parties mortes et des parties vivantes ". P. BASTID L'idée de Constitution, p. 21, ECONOMICA, 1985

⁸⁷⁸.Commissaire du Gouvernement JANOT, Séance du Comité Consultatif Constitutionnel du 12/8/1958, Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4/10/1958, volume 2, p 443;LA DOCUMENTATION FRANCAISE, 1988

Le propos est dangereux car il méconnaît l'effet de l'inscription d'une disposition dans la Constitution dès lors que quelqu'un peut la faire respecter. En suivant M. JANOT, nous n'aurions jamais connu la jurisprudence du Conseil Constitutionnel fondée sur le préambule de la Constitution, dont l'importance a encore été soulignée récemment ⁽⁸⁷⁹⁾. Si l'inscription dans le texte constitutionnel est indifférente à notre question, on s'étonnera de la vigueur des débats consacrés à celle-ci en 1946 ⁽⁸⁸⁰⁾.

L'inscription dans la Constitution confère une autorité réelle, dont seuls les acteurs concernés ont la mesure car "le pouvoir, l'influence ne résident pas toujours en fait dans les organes que les textes consacrent comme prépondérants"⁽⁸⁸¹⁾. Or, un des moyens permettant de donner vie à une disposition normative consiste dans le contrôle du respect de cette disposition. A cet égard, l'existence de la faculté d'empêcher du Conseil Constitutionnel, aujourd'hui, introduit un élément valorisant les dispositions constitutionnelles relatives aux collectivités locales.

Cependant, la garantie de la faculté de statuer non centrale ne sera jamais mieux garantie que par ses titulaires, pour autant qu'on leur en donne la possibilité. S'agissant de les prémunir contre l'exercice défectueux de la faculté de statuer centrale, la meilleure solution consiste à les associer à celle-ci.

2) La participation à la faculté de statuer centrale, garantie de la faculté de statuer non centrale

⁸⁷⁹.Lors de la récente réunion du Congrès, le premier ministre E. BALLADUR déclarait: " Depuis que le Conseil Constitutionnel a décidé d'étendre son contrôle au respect du Préambule de la Constitution, cette institution est conduite à contrôler la conformité de la loi au regard de principes généraux, parfois plus philosophiques et politiques que juridiques, quelquefois contradictoires et, de surcroît conçus à des époques bien différentes de la nôtre ". Le Monde, samedi 20 novembre 1993, p 10

⁸⁸⁰.Ainsi par ex. P. BASTID déclarait: " ... les questions administratives qui y (titre X) sont traitées nous paraissent relever de la loi ordinaire plutôt que de la constitution ". J.O.A.N.C. Séance du 5/9/1946, p. 3559, et avant lui R. CAPITANT avait déclaré: " ... ces dispositions ne sont pas du domaine constitutionnel et ne devraient donc pas figurer dans le projet qui nous est soumis ". J.O.A.N.C., 2ème séance du 16/4/1946, p. 1921 ... ces propos s'opposaient à ceux du rapporteur: " Nous affirmons ici et nous entendons affirmer dans la Constitution que les pouvoirs publics comprennent le pouvoir local ". Sur cette question, cf. M. BOURJOL Réflexions sur le pouvoir d'Etat et le pouvoir local, Contribution à l'étude du pouvoir réglementaire autonome, tome II, p. 546 & s, Cours D.E.A.1982-83, Faculté de droit de Tours, Y. MENY Centralisation et décentralisation dans le débat politique français (1945-1969), p. 80 & s, L.G.D.J. 1974

⁸⁸¹.P. BASTID L'idée de Constitution, p. 21, ECONOMICA 1985

La division de la faculté de statuer entre deux organes implique nécessairement la possibilité que leurs interventions se recoupent ou se recouvrent. Cette éventualité existe aussi bien, lorsque les organes ont des compétences matériellement et/ou territorialement distinctes que lorsque le principe de subsidiarité est appelé à régler les rapports entre organes centraux et non centraux.

Ainsi, le Préfet n'est pas compétent, sauf exception, en matière de police dans une commune, mais il dispose de ce pouvoir sur toutes les communes du département, pouvant ainsi étendre à l'ensemble ce qu'il n'arrive pas à imposer à l'une d'elles. De même, il ne peut imposer à une commune une politique déterminée de logement social, mais les ministres peuvent, dans l'intérêt général, imposer un plan départemental pour le logement des personnes défavorisées⁽⁸⁸²⁾.

Le principe de subsidiarité permet ainsi qu'on l'a vu, aussi bien l'exercice d'une faculté de statuer par un organe central aujourd'hui, alors qu'hier elle relevait et/ou demain elle relèvera d'un organe non central.

Cette concurrence inhérente à la reconnaissance d'une capacité pour agir au profit des organes non centraux et centraux, ne doit pas conduire à la négation de la faculté de statuer des organes non centraux qui peut être sauvegardée, soit par la participation de l'organe non central à la faculté de statuer centrale, soit par l'octroi à l'organe non central d'une faculté d'empêcher l'organe central.

⁸⁸².Loi 90-449 du 31/5/1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et décision du C.C. du 29/5/1990 Décision 90-274 DC, J.O. 1/6/1990 p. 6518

a) La participation de l'organe non central à la faculté de statuer centrale

Il s'agit d'appliquer à la décentralisation la technique du bicaméralisme. La simplicité de l'affirmation occulte une question fondamentale: qui sera chargé de participer à la faculté de statuer centrale ? Les organes non centraux eux-mêmes ou un organe les représentant ?

Ainsi que le constate J.C. MAZERES, " la représentation du local dans l'Etat n'est un phénomène ni récent ni exceptionnel" ⁽⁸⁸³⁾. Cet auteur distingue la représentation globale organisée par la Constitution française de 1958, de celle existante dans les Etats fédéraux où sont représentées les " collectivités composantes elles-mêmes, et ... chacune d'entre elles, prise en tant que telle pour tenir une place au sein d'un organe constitutionnel compétent pour la collectivité d'ensemble "⁽⁸⁸⁴⁾. Si, au plan de la représentation il existe une distinction entre les deux formules, elle n'a aucun effet en ce qui concerne l'exercice du pouvoir normatif. Que la représentation soit globale ou individuelle, l'organe qui en résulte demeure un organe central parce que la faculté de statuer dont il dispose à trait à l'ensemble de la collectivité, il a une compétence personnelle illimitée. Même si dans l'exercice de celle-ci, il ne peut sans doute se défaire de l'origine de ses membres, il demeure un organe central et à cet égard il ne peut être considéré comme l'organe "non central" participant à la faculté de statuer centrale.

Dès lors, seuls des organes non centraux, c'est à dire des organes disposant d'une faculté de statuer personnellement limitée peuvent être associés à la faculté de statuer centrale afin de garantir la faculté de statuer non centrale que la constitution ou tout autre texte leur aurait reconnue.

Cette association des organes non centraux à la faculté de statuer centrale est un élément de ce que l'on appelle aujourd'hui le fédéralisme coopératif, que M. CROISAT définit comme " la recherche et la mise en œuvre d'une coopération intergouvernementale pour atteindre des buts communs, aussi bien en matière économique que sociale ou culturelle, par des programmes et des financements conjoints "⁽⁸⁸⁵⁾.

⁸⁸³.J.C. MAZERES Les collectivités locales et la représentation, R.D.P.1990, p. 617

⁸⁸⁴.Ibid. p. 619

⁸⁸⁵.M. CROISAT Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines, p. 89 & s, Coll. Clefs "Politique", MONTCHRESTIEN 1992

En France, la technique des contrats de plan relève de cette conception, puisqu'ils comportent " des engagements réciproques des parties en vue de l'exécution du plan et de ses programmes prioritaires ... (et) portent sur les actions qui contribuent à la réalisation d'objectifs compatibles avec ceux du plan de la Nation"⁽⁸⁸⁶⁾.

Cette technique peut sortir du domaine de la mise en œuvre des politiques pour être utilisée tant dans la définition de ces politiques qu'en matière normative. La réflexion et l'avancée des pratiques sur ce point, demeurent embryonnaires, mais devraient pour donner tout son sens à la notion de fédéralisme coopératif connaître un développement nécessaire.

A court terme, l'octroi aux organes non centraux d'une faculté d'empêcher les organes centraux demeure l'élément le plus facile à mettre en œuvre pour garantir la faculté de statuer non centrale.

b) L'octroi aux organes non centraux de la faculté d'empêcher les organes centraux

La technique est de loin la plus aisée à mettre en œuvre, ce qui explique qu'elle fût la première à être instaurée.

On a évoqué à cet égard la constitution suisse qui permet à huit cantons de demander un référendum législatif (⁸⁸⁷), on pourrait y ajouter l'Italie où à l'initiative de cinq conseils régionaux, un référendum abrogatif peut être organisé (⁸⁸⁸).

En France, dans la constitution de 1793, l'article 59 mettait en place cette faculté d'empêcher qui pouvait être surmontée par les assemblées primaires. Aujourd'hui la faculté d'empêcher des organes non centraux n'a pas disparu mais elle a été marginalisée et joue dans des

⁸⁸⁶.Art.11 loi 82-653 du 29/7/1982 portant réforme de la planification. Sur cette question, cf. J.M. PONTIER Compétences économiques de la Région, p 1757-12 DALLOZ COLLECTIVITES LOCALES

⁸⁸⁷.Cette technique n'a jamais été utilisé, cf. sur cette question J. ROHR La démocratie en Suisse, p. 295 & s, ECONOMICA 1987

⁸⁸⁸.Cf. Y. MENY Politique comparée, p. 191, MONTCHRESTIEN 1991

hypothèses d'exercice local du pouvoir central. Ainsi, en matière d'urbanisme dans le cadre de l'élaboration d'un schéma directeur sous la responsabilité de l'Etat ⁽⁸⁸⁹⁾, si un certain nombre de communes représentant plus du quart de la population concernée, font connaître leur opposition au schéma élaboré, le Préfet ne peut l'approuver ⁽⁸⁹⁰⁾. Toutefois l'empêchement pourra être surmonté par un décret en Conseil d'Etat ⁽⁸⁹¹⁾. Autre exemple, le schéma de coopération intercommunale vaut initiative de création des communautés de communes, de villes ou urbaines dans le cadre des articles 69 et 70 de la loi 92-125 du 6 février 1992, mais les communes disposent d'une faculté d'empêcher, insurmontable, dans la mesure où le périmètre et la création de l'organisme de coopération doivent être approuvés à la majorité qualifiée ⁽⁸⁹²⁾.

L'existence de la faculté de statuer non centrale étant garantie, il faudra encore que son autonomie le soit aussi, pour que la décentralisation soit parfaite.

B) La garantie de l'autonomie de la faculté de statuer non centrale

Cette autonomie sera obtenue parfaitement, lorsque la faculté d'empêcher sera exercée par un organe central non doté d'une faculté de statuer, d'une part et lorsqu'elle s'exercera a posteriori, d'autre part. Lorsque l'un des critères ne sera pas satisfait, la décentralisation ne sera qu'imparfaite car alors elle sera réduite "à un pouvoir d'initiative" ⁽⁸⁹³⁾.

⁸⁸⁹.Art. L.122-1-4 du code de l'urbanisme

⁸⁹⁰.Art. L.122-3 du code de l'urbanisme

⁸⁹¹.Ibid. Sur la technique du décret en Conseil d'Etat, comme moyen de protection des collectivités locales, le Sénat semble penser qu'elle constitue effectivement une bonne garantie, comme le montre sa saisine du Conseil Constitutionnel à propos du F.C.T.V.A., C.C.29/5/1990 Décision 90-274, J.O.1/6/1990, p 6518 (11ème considérant)

⁸⁹².cf. art. L.165-4 & L.167-1 & L.168.1 du code des communes.

⁸⁹³.S.REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français, p 223, L.G.D.J. 1982

1) La faculté d'empêcher ne doit pas impliquer une association à la faculté de statuer non centrale

Si les auteurs s'accordent pour reconnaître que la faculté de statuer et d'empêcher constituent " deux modes de participation à la fonction législative "⁽⁸⁹⁴⁾, un débat doctrinal s'est instauré, sur le point de savoir, si la faculté d'empêcher comprend " le droit de contribuer à déterminer le contenu de la loi "⁽⁸⁹⁵⁾.

La discussion est née de l'interprétation donnée par Ch. EISENMANN et M. TROPER, du droit de veto en matière législative.

Relevant que Ch. EISENMANN avait écrit que " le monarque participe donc au pouvoir de légiférer sur un pied d'égalité avec le Parlement, puisque toute loi suppose l'assentiment de l'un comme de l'autre "⁽⁸⁹⁶⁾, G. BACOT affirme que " rien ne permet de déduire de ce droit de veto, cette égalité dans la participation à la puissance législative "⁽⁸⁹⁷⁾. Cette prétendue égalité résulterait de l'occultation par Ch. EISENMANN de "la distinction faite par MONTESQUIEU entre la "faculté de statuer" et la "faculté d'empêcher""⁽⁸⁹⁸⁾.

Il semblerait qu'en l'espèce les propos de Ch. EISENMANN n'autorisent pas cette critique. En effet celui-ci a parfaitement vu les deux facultés et le contenu qui s'attache à chacune d'elles;

⁸⁹⁴.M. TROPER La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, p. 27, L.G.D.J. 1980. Cet accord doctrinal s'est effectué en écartant la théorie de l'imperium de P. LABAND. Cf. P.M. GAUDEMET "Paul LABAND et la doctrine française de droit public ", R.D.P. 1989, p. 973. Selon P. LABAND, ainsi qu'en rend compte R. CARRE DE MALBERG, la puissance législative est toute entière contenue dans l'acte de commandement qui lui donne " valeur impérative et obligatoire qui en fait une loi de l'Etat ". R. CARRE DE MALBERG Contribution à la théorie générale de l'Etat, p. 383 & s, SIREY 1920, Réimpression C.N.R.S. 1962. R. CARRE DE MALBERG ne reconnaissait pas à toutes les modalités d'empêcher, la qualité d'association à la puissance législative, puisqu'il distinguait la sanction, associant le monarque à la puissance législative, du veto qui " loin de faire participer son titulaire à la puissance législative, implique au contraire qu'il y est en principe étranger". Ibid. p 400. Ch. EISENMANN s'est élevé contre cette distinction dans un article célèbre "L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs ", Mélanges R. CARRE DE MALBERG, p. 165 & s, voir particulièrement les notes 2 de la p 166 et 167, DUCHEMIN 1977

⁸⁹⁵.Ibid. p. 28, note 11, dernière phrase

⁸⁹⁶.Ch. EISENMANN cité par G. BACOT dans l'article L'Esprit des lois et Ch. EISENMANN, p. 621, R.D.P. 1992

⁸⁹⁷.G. BACOT L'Esprit des lois et Ch. EISENMANN, p. 621, R.D.P. 1992

⁸⁹⁸.Ibid.

puisqu'il écrit: " la sanction ne répond aucunement à la définition ... de la faculté de statuer: ... ; d'après cette définition, seul statue celui qui détermine ou contribue à déterminer le contenu des règles législatives, mais non pas celui qui uniquement donne son consentement à leur entrée en vigueur, ce qui est précisément la situation du monarque appelé à donner - ou à refuser - sa sanction aux projets de lois votés par le Parlement "⁽⁸⁹⁹⁾.

Les propos de M. TROPER sont plus délicats à analyser car il affirme d'une part que les facultés de statuer et d'empêcher sont deux modes de participation à la fonction législative ⁽⁹⁰⁰⁾ et d'autre part que " la faculté de statuer ne désigne pas seulement une simple participation à l'édiction des lois mais le pouvoir législatif entier "⁽⁹⁰¹⁾ et " la faculté d'empêcher comprend ... le droit de contribuer à déterminer le contenu de la loi "⁽⁹⁰²⁾.

G. BACOT exclut cette interprétation de MONTESQUIEU, qui "est loin de vouloir reconnaître à l'exécutif une place équivalente à celle des assemblées dans la fonction législative, (et) ne lui accorde au contraire qu'un rôle beaucoup plus réduit, afin d'éviter son emprise sur le contenu même de la loi"⁽⁹⁰³⁾.

Concernant la traduction "faculté de statuer" en "faculté d'édicter seul les lois", le propos de M. TROPER doit être rejeté. En effet MONTESQUIEU écrit: " lorsque, dans la même personne ... la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté "⁽⁹⁰⁴⁾. Dès lors, lorsque l'illustre auteur affirme plus loin que " si le monarque prenait part à la législation par la faculté de statuer, il n'y aurait plus de liberté "⁽⁹⁰⁵⁾, M. TROPER ne saurait

⁸⁹⁹.Ch. EISENMANN L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs, p. 168, suite de la note 2 de la p. 167, DUCHEMIN 1977. Toujours dans cette note mais en p. 169, l'auteur écrivait encore: " Qu'il (le monarque) ait la sanction ou le veto, sa situation est la même, il ne concourt pas à l'établissement du texte de loi, il ne peut ni la proposer ni l'amender;". Cette idée réapparaît aussi et toujours dans cette note 2, p. 171.

⁹⁰⁰.M. TROPER La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, p. 27, L.G.D.J. 1980

⁹⁰¹.Ibid. p. 28, suite de la note 11 de la p. 27. Dans cette même note, l'auteur semble lever toute ambiguïté d'interprétation puisqu'il dit que l'on doit traduire "faculté de statuer" par " faculté d'édicter seul les lois".

⁹⁰².Ibid.

⁹⁰³.G. BACOT L'Esprit des lois et Ch. EISENMANN, p. 623, R.D.P. 1992

⁹⁰⁴.MONTESQUIEU L'Esprit des lois, p. 294, tome 1, GARNIER FLAMMARION, 1979

⁹⁰⁵.Ibid. p. 302

en conclure, que la faculté de statuer " n'est rien d'autre que la faculté d'édicter seul les lois ". Cette conclusion est erronée, car elle repose sur l'oubli par M.TROPER, de la possession par le monarque de la faculté d'empêcher, laquelle s'ajoutant à la " faculté de statuer", opère seule la confusion ennemie de la liberté, par fusion dans un même organe des deux facultés.

Concernant l'idée que "la faculté d'empêcher comprend ... le droit de contribuer à déterminer le contenu de la loi", il est vain de vouloir affirmer le contraire. L'empêchement étant l'expression de la volonté humaine, on ne peut en effet douter que son exercice soit une fonction du contenu de l'acte soumis au contrôle. Cette faculté a pour objet d'apprécier ce qui doit ou non être empêché (⁹⁰⁶). Hors cette appréciation, la faculté n'a aucun sens (⁹⁰⁷), elle n'a d'existence que rapportée à la faculté de statuer.

Cependant pour MONTESQUIEU, il est tout aussi manifeste, comme le souligne G.BACOT, que l'exercice de la faculté d'empêcher implique une dérive de celle-ci vers la faculté de statuer.

MONTESQUIEU à cette fin, prévoyait que les deux facultés soient remises à des organes différents. Cette séparation organique des facultés est effective, lorsque les organes sont personnellement indépendants l'un de l'autre (⁹⁰⁸) et pour cela il ne faut pas que la puissance exécutive soit " confiée à un certain nombre de personnes tirées du corps législatif (sinon) il n'y aurait plus de liberté, parce les deux puissances seraient unies, les mêmes personnes ayant quelquefois, et pouvant toujours avoir part l'une à l'autre (⁹⁰⁹).

⁹⁰⁶.cf. Ch. EISENMANN L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs, p. 189, note 1, DUCHEMIN 1977; G. BACOT considère que cette appréciation a pour objet le respect du domaine de chaque organe et non une quelconque association qualitative du monarque à la législation, L'Esprit des lois et Ch. EISENMANN, p. 632, R.D.P. 1992

⁹⁰⁷.cf. à cet égard la différence entre veto - sanction et promulgation, R. CARRE DE MALBERG Contribution à la théorie générale de l'Etat, p. 403 & s, SIREY 1920, Réédition C.N.R.S.1962 et du même auteur La loi, expression de la volonté générale, p. 141 & s, SIREY 1931, Réimpression ECONOMICA 1984

⁹⁰⁸.Ch. EISENMANN montre que cette indépendance personnelle ne suffit pas à établir l'égalité juridique entre les organes, qui résulte fondamentalement de leur "rapport fonctionnel". L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs, p. 184, note 2, DUCHEMIN 1977

⁹⁰⁹.MONTESQUIEU L'Esprit des lois, p. 299, tome 1, GARNIER FLAMMARION 1979

L'indépendance juridique exigeait que soit garantie l'autonomie de l'exercice des facultés. A cet égard, MONTESQUIEU exclut que le titulaire de la faculté d'empêcher (le monarque) prenne part " à la législation par la faculté de statuer" et qu'ainsi " la puissance exécutive ne faisant partie de la législation que par la faculté d'empêcher, elle ne saurait entrer dans le débat des affaires " (⁹¹⁰). Cette exclusion du " débat des affaires " supporte néanmoins la possibilité de propositions de la puissance exécutive mais "cela n'est même pas nécessaire ... ; parce que, pouvant toujours désapprouver les résolutions, elle peut rejeter les décisions des propositions qu'elle aurait voulu qu'on n'eût pas faites" (⁹¹¹).

Dès lors que dans les faits l'exercice de la faculté d'empêcher conduit son titulaire à s'immiscer dans la faculté de statuer qu'il contrôle, il faut que le droit organise l'autonomie de cette dernière, ainsi que l'écrivait MONTESQUIEU.

En matière de décentralisation, c'est l'autonomie de la faculté de statuer non centrale qu'il convient de garantir. Cette passivité de l'organe central a été admise par la doctrine à propos de la tutelle, ainsi qu'en rend compte S.REGOURD, en écrivant que " les actes de tutelle n'opèrent jamais participation à l'élaboration de la décision " (⁹¹²). Reste à savoir, si la doctrine a posé les conditions d'exercice de la tutelle de telle façon à permettre le respect de cette proposition. Il y a lieu d'en douter.

Les conditions d'exercice de la faculté d'empêcher qui permettront de respecter la faculté de statuer non centrale, conditionneront la décentralisation.

2) Les modalités de la garantie de l'autonomie de la faculté de statuer

La crainte est que le titulaire de la faculté d'empêcher ne se saisisse lors de son exercice, de la faculté de statuer reconnue à l'organe non central. La solution réside dans la privation du titulaire de la faculté d'empêcher de toute faculté de statuer (a). Cependant même ainsi, ce

⁹¹⁰.Ibid. p. 302

⁹¹¹.Ibid. p. 302

⁹¹².S. REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français, p. 211, L.G.D.J. 1982

titulaire de la faculté d'empêcher peut empiéter sur la faculté de statuer, si la faculté d'empêcher peut s'exercer a priori (b).

a) Le titulaire de la faculté d'empêcher ne doit pas posséder une faculté de statuer

Cette interdiction résulte du principe de la séparation des pouvoirs et seul un juge, en vertu de ce principe est susceptible de représenter par essence, cette prohibition.

Le juge administratif en France semble à cet égard exemplaire puisqu'on lui conteste cette obligation d'abstinence et son fondement.

Chargé du contentieux administratif et particulièrement d'un pouvoir d'annulation des actes administratifs, il dispose ainsi d'une faculté d'empêcher l'administration, que le Conseil Constitutionnel a reconnue de façon singulière⁽⁹¹³⁾.

Cette faculté d'empêcher, le juge administratif l'exerce en s'interdisant de faire fonction d'administrateur, soit en enjoignant l'administration, soit en s'y substituant⁽⁹¹⁴⁾. Cette interdiction, le juge se l'est-il imposée, s'agit-il d'une " autolimitation " comme le pensent F. MODERNE⁽⁹¹⁵⁾ et un grand nombre d'auteurs⁽⁹¹⁶⁾?

En faveur de cette thèse, on peut relever que J. CHEVALLIER avait démontré que le juge administratif avait utilisé jusqu'à l'octroi de la justice déléguée, l'injonction et la substitution,

⁹¹³.C.C. Décision 86-224 DC du 23/1/1987. Le Conseil a réservé au juge administratif sous réserve de certaines exceptions, " l'annulation ou la réformation des décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales ... ou les organismes placés sous leur autorité ou leur contrôle ", non pas en se fondant sur la loi des 16-24 Août 1790, à laquelle il a dénié valeur constitutionnelle, mais sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République traduisant la " conception française de la séparation des pouvoirs ". Cf. A.J.D.A. 1987, p. 345, note J. CHEVALLIER, R.D.P. 1987, p. 1341, note Y. GAUDEMET, R.F.D.A. 1987, p. 287, note B. GENEVOIS et p. 301, note L. FAVOREU

⁹¹⁴.J. CHEVALLIER L'interdiction pour le juge de faire acte d'administration, A.J.D.A. 1972, p. 69

⁹¹⁵.F.MODERNE "Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction pourquoi le serait-elle ? R.F.D.A. 1990, p. 803

⁹¹⁶. Par ex. C. DEBOUY qui écrit: " Cette limite ne nous paraît plus acceptable. Chacun sait que l'interdiction de l'injonction est une autolimitation du juge, qui ne repose sur rien ...", note sous T.A. ROUEN, Ord. de référé, 13/5/1991 Assoc. de défense de la forêt de la Caboché ..., J.C.P. 1992, 21781; G. VEDEL et P. DELVOLLE Droit administratif, tome 2, p. 357, Coll. Thémis; P.U.F. 1990; J.M. LE BERRE Les pouvoirs d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration, A.J.D.A. 1979, n° 2, p. 14

moins parce que, à cette époque "le Conseil d'Etat était étroitement lié à l'administration active", que parce qu'il avait considéré que ces techniques étaient "compatibles avec les pouvoirs normaux d'un juge"⁽⁹¹⁷⁾.

La fermeté du maintien de cette abstention du juge administratif (⁹¹⁸), malgré les invitations pressantes d'abandon, qui lui sont envoyées, y compris aujourd'hui en s'appuyant sur le droit communautaire (⁹¹⁹), mérite qu'on s'y attache.

Traditionnellement, cette interdiction était rattachée au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, tel qu'il est posé par l'article 13 de la loi des 16-24 Août 1790 (⁹²⁰). Mon propos n'est pas de gloser sur le lien entre cette disposition et l'institution d'une juridiction administrative (⁹²¹), mais de déterminer si, on peut considérer la loi des 16-24 Août 1790 " comme un avatar du principe de la séparation des pouvoirs"(⁹²²). La réponse est affirmative.

Chacun s'accorde aujourd'hui à reconnaître que la proscription posée par la loi était une réaction à l'égard des parlements de l'ancien régime et chacun cite à cette occasion, LE

⁹¹⁷J. CHEVALLIER L'interdiction pour le juge de faire acte d'administration, A.J.D.A. 1972, p. 69

⁹¹⁸cf. à ce propos R. CHAPUS Droit du contentieux administratif, p. 543 & s, MONTCHRESTIEN 1990

⁹¹⁹C. DEBOUY dans la note au J.C.P. précitée semble croire l'abstention incompatible avec le droit communautaire sur le fondement de la décision de la C.J.C.E. du 19/6/1990 "Secretary of State for Transport ". Cf. cette décision à l'A.J.D.A. 1990, p. 832, note P. LE MIRE. Cette décision n'impose, ni n'implique la possibilité d'enjoindre l'administration, mais rappelle la prééminence du droit communautaire sur le droit interne qui exige que le juge interne fasse usage de sa faculté d'empêcher (sursis en l'espèce) pour ce faire. La loi 92-10 du 4/1/1992 relative aux recours en matière de passation de marché, permet au juge d'ordonner " à la personne morale responsable du manquement, de se conformer à ces obligations ". Pour appliquer cette loi, le juge administratif a considéré que l'on devait apprécier l'existence de l'obligation de publicité par "lots", T.A. RENNES, Ord.Vice - Président délégué, 26/1/1993 Sté Le DOUAINON, Droit Adm. Mai 1993, n° 237

⁹²⁰"Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni cités devant eux les administrateurs pour raison de leur fonction ". Art. 13 loi 16-24/8/1790

⁹²¹. Sur cette question, cf. R.F.D.A. 1990, p. 689 & s, A.J.D.A. 1990 p. 579 & s

⁹²²F. MODERNE "Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction pourquoi le serait-elle?", R.F.D.A. 1990, p. 804

CHAPELIER selon lequel " les parlements étaient dangereux, non parce qu'ils étaient juges, mais parce qu'ils étaient administrateurs et législateurs "(⁹²³).

Si la loi de 1790 est l'expression de " la conception française de la séparation des pouvoirs " en ce qu'elle interdit par son article 10, aux Tribunaux d'"empêcher ou de suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif,..."(⁹²⁴); elle traduit par contre la mise en œuvre de la distinction des facultés lorsqu'elle pose que " les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif ". Ces dispositions sont transposables au juge administratif concernant l'administration.

La reconnaissance du juge administratif (le Conseil d'Etat) comme juge de l'excès de pouvoir allait supprimer l'interdiction d'empêcher, tout en laissant subsister l'interdiction de prendre part au pouvoir normatif.

Si cette limitation résulte d'une construction jurisprudentielle dans la mesure où la lettre du texte ne concernait à l'époque que les tribunaux judiciaires, les tribunaux administratifs n'existant pas, elle n'en demeure pas moins fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs qui exige que le titulaire de la faculté d'empêcher n'entre pas dans "le débat des affaires". Elle apparaît par ailleurs la contrepartie de l'interdiction faite au législateur et au pouvoir réglementaire de s'immiscer dans la fonction juridictionnelle, puisque le Conseil Constitutionnel considère qu'"il n'appartient ni au législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence "(⁹²⁵).

Par conséquent une des conditions de la décentralisation consistera dans la remise de la faculté d'empêcher à un organe ne disposant pas d'une faculté de statuer. Seul un juge présente

⁹²³. cf. J. CHEVALLIER Du principe de séparation au principe de dualité, R.F.D.A. 1990, p. 714, S. VELLEY La constitutionnalisation d'un mythe: justice administrative et séparation des pouvoirs, R.D.P. 1989, p. 771

⁹²⁴.M. TROPER a montré que cette conception française s'accordait mal avec l'administrateur juge. La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, p. 43 & s, L.G.D.J. 1980

⁹²⁵.C.C. 80-119 DC du 22/7/1980, A.J.D.A. 1980, p. 481, sur cette question cf. D. ROUSSEAU Droit du contentieux constitutionnel, p. 206, MONTCHRESTIEN 1990, B. GENEVOIS La jurisprudence du Conseil Constitutionnel, p. 456, S.T.H. 1988

en principe (⁹²⁶) cette qualité parce qu'en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, il ne peut ni enjoindre le titulaire de la faculté de statuer, ni se substituer à lui.

Si ceci constitue une condition nécessaire, elle n'est pas suffisante car le moment de l'exercice de la faculté d'empêcher peut permettre à son titulaire de se saisir pour partie de la faculté de statuer.

b) La faculté d'empêcher doit s'exercer a posteriori

La question du contrôle a priori ou a posteriori est déterminée par rapport à un moment: celui de l'entrée en vigueur de l'acte de l'organe non central.

Dans son étude relative à l'acte de tutelle, S. REGOURD considère que celui-ci se caractérise par son caractère " a posteriori ", ce qui " permet de singulariser l'ensemble des actes de tutelle parmi la diversité possible des contrôles de l'administration " (⁹²⁷). Seulement ce caractère a posteriori ne se détermine pas en fonction de l'entrée en vigueur de l'acte, mais au regard de "l'initiative" de l'acte, entendue comme le "choix du principe et (l') élaboration du contenu. L'acte de tutelle n'intervient qu'au plan de la sanction normative" (⁹²⁸).

Ceci implique que l'acte sous tutelle est un acte fini (⁹²⁹). La tutelle ne l'affecte qu'en corrigeant l'imperfection juridique justifiant son absence d'entrée en vigueur (⁹³⁰). Cette affirmation apparaît pour le moins surprenante, car elle est incompatible avec d'autres propos de l'auteur. Peut-on, en effet, considérer l'acte sous tutelle comme un acte fini, lorsque la

⁹²⁶.En principe seulement, car il existe des hypothèses dans lesquelles le juge dispose aussi d'une faculté de statuer, cf. à cet égard J.M. AUBY & R. DRAGO " Les recours concernant les installations classées pour la protection de l'environnement " dans *Traité des recours en matière administrative*, p. 660, LITEC 1992, cf. aussi loi 92-10 du 4/1/1992 relative aux recours en matière de passation de marchés et T.A. RENNES Vice Président Délégué, 26/1/1993, Sté Le Douainon, *Droit Adm.*, Mai 1993, n° 237

⁹²⁷.S. REGOURD *L'acte de tutelle en droit administratif français*, p. 215, L.G.D.J. 1982

⁹²⁸.Ibid. p. 211

⁹²⁹. A cet égard les propos de S. REGOURD et de M. TROPER sont identiques dans la mesure où ce dernier a pu écrire: " la faculté de statuer ne désigne pas seulement une simple participation à l'édiction des lois, mais le pouvoir législatif entier ". M. TROPER *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, p. 28, suite de la note 11 de la page 27

⁹³⁰.S. REGOURD *L'acte de tutelle en droit administratif français*, p. 459, L.G.D.J. 1982

tutelle conduit " à la création de la norme de contrôle" (⁹³¹). L'acte sous tutelle peut-il être fini, lorsque " l'opportunité constitue une norme de contrôle " (⁹³²) finalisée (⁹³³), lorsque " la tutelle de légalité n'est pas exclusive du "consentement" " ou enfin lorsque " la tutelle d'opportunité consiste toujours en un "contrôle"" (⁹³⁴).

L'entrée en vigueur apparaît au contraire comme un élément objectif d'appréciation de l'acte parce qu'il est applicable à ses destinataires; on peut donc considérer qu'il est fini en tant qu'initiative au sens accordé à ce terme par S. REGOURD ou en tant que faculté de statuer exprimée.

Or ce moment semble capital, puisqu'il a justifié, lorsque la faculté d'empêcher s'exerçait en amont, que l'on qualifiât la tutelle comme un régime assimilable à "la curatelle du mineur émancipé" (⁹³⁵) ou que l'on fît peser ainsi sur les actes "une présomption d'irrégularité" (⁹³⁶) en contradiction avec la "présomption de légalité, de conformité à la loi ..." sur laquelle R.G. SCHWARTZENBERG fonde l'effet obligatoire des décisions administratives (⁹³⁷). Aujourd'hui alors que cette faculté s'exerce en aval de ce moment, elle est associée avec "l'interdiction du contrôle d'opportunité" (⁹³⁸) tendant à accréditer ainsi l'idée de son action sur la faculté de statuer.

⁹³¹.Ibid. p. 339

⁹³².Ibid. p. 347

⁹³³.Ibid. p. 353 & s

⁹³⁴.Ibid. p. 360

⁹³⁵.M. HAURIOU Précis élémentaire de droit administratif, p. 52, SIREY 1938

⁹³⁶.Exposé des motifs du projet de loi de développement des responsabilités locales, cité par M.BOURJOL Le plan de développement des responsabilités locales, tome 1, p. 10, Séminaire du D.E.S.S. Droit & Administration des collectivités locales, Doc. polycopié, Faculté de droit TOURS, 1978-79

⁹³⁷.R.G. SCHWARTZENBERG L'autorité de chose décidée, p. 75, L.G.D.J. 1969

⁹³⁸.O. GOHIN Institutions administratives, p. 505 & s, L.G.D.J. 1992; cf. aussi M. BOURJOL & S. BODARD, Droit et libertés des collectivités territoriales, p. 122, MASSON 1984; F. & Y. LUCHAIRE Le droit de la décentralisation, p. 165 & s

Considérant qu'il est admis, que le motif conditionnant l'exercice de la faculté d'empêcher n'est pas en soi de nature à éviter qu'elle ne dérive vers une faculté de statuer, seul le moment de l'exercice de cette faculté de statuer apparaît de nature à garantir " l'initiative " au sens de S. REGOURD, c'est à dire la faculté de statuer.

Un contrôle préventif, a priori, c'est à dire avant l'entrée en vigueur de la norme, doit selon G. BURDEAU être exercé "par un organe politique, puisqu'il s'agit, en somme, de participer, fût-ce passivement, à l'élaboration de la loi"⁽⁹³⁹⁾. La transposition au règlement ne fait pas problème.

La portée du moment de l'exercice de la faculté de statuer apparaît parfaitement dans ces propos et justifie que concernant le Conseil Constitutionnel en France, on ait pu évoquer son ambiguïté. Celle-ci ressortait du fait qu'on ait pu le comparer à un "Conseil de tutelle"⁽⁹⁴⁰⁾ qui néanmoins et on appréciera, " s'efforce de statuer en usant de la seule argumentation tirée du droit "⁽⁹⁴¹⁾.

Ces réflexions antérieures à la révolution de fond qu'a constituée la décision du Conseil en 1971 ⁽⁹⁴²⁾ et à celle de forme réalisée par la loi de 1974 ⁽⁹⁴³⁾ demeurent pertinentes. En effet les auteurs évoquent aujourd'hui le Conseil Constitutionnel, "comme une étape de la procédure législative"⁽⁹⁴⁴⁾ ou comme l'"acteur d'un régime d'énonciation concurrentielle de la volonté générale"⁽⁹⁴⁵⁾ qui "directement inséré dans les rapports de forces politiques ... ne

⁹³⁹.G. BURDEAU Traité de Science politique, tome IV, p. 373, L.G.D.J. 1969

⁹⁴⁰.R.PINTO cité par G.BURDEAU, *ibid.* p. 418

⁹⁴¹.G.BURDEAU, *ibid.*, note 132, p. 418 & 419,

⁹⁴².C.C. 71-44 DC du 16/7/1971 " Liberté d'association ", rec. p. 29

⁹⁴³.Loi constitutionnelle du 21/10/1974 élargissant la saisine du Conseil, J.O.30/10/1974, p. 11035

⁹⁴⁴.Ph. ARDANT Institutions politiques et droit constitutionnel, p. 104, L.G.D.J. 1990

⁹⁴⁵.D. ROUSSEAU Droit du contentieux constitutionnel, p. 385, MONTCHRESTIEN 1990. L'auteur écrit: " Le Conseil participe à la formation de la loi ... directement ... par l'erreur manifeste, et par les différentes techniques d'interprétation - neutralisante, directive, et constructive- il supprime certaines conditions d'application de la loi et dicte ainsi leur conduite aux pouvoirs publics, ajoute des dispositions et complète le travail du législateur ou encore l'invite à donner à sa loi un certain contenu".

pourraient montrer la sérénité indispensable à l'exercice d'une fonction de type juridictionnel ..."⁽⁹⁴⁶⁾.

En d'autres termes, le contrôle a priori aboutit à une sorte de bicamérisme entre l'organe chargé de la faculté de statuer et celui doté de la faculté d'empêcher. Ce bicamérisme est inégalitaire car il "profite" à l'organe chargé de la faculté d'empêcher qui détient la clé de l'entrée en vigueur de la volonté de l'autre organe ⁽⁹⁴⁷⁾. Lorsque MONTESQUIEU a souhaité faire de la faculté d'empêcher un élément de la faculté de statuer, il l'a effectué en divisant l'exercice de la faculté entre deux chambres et non en dotant un organe exclusivement d'une faculté d'empêcher, prétexte en fait à l'exercice conjoint de la faculté de statuer de l'autre organe ⁽⁹⁴⁸⁾.

Le contrôle a priori n'apparaît pas adapté au maintien du titulaire de la fonction d'empêcher dans celle-ci mais le conduit inexorablement à influencer sur le contenu de l'acte soumis à son contrôle puisque concernant le Conseil Constitutionnel, D. ROUSSEAU note qu'il agit aussi indirectement, puisque ses décisions " pèsent à la fois, sur la préparation des lois par le gouvernement et sur la discussion de leur contenu par les parlementaires "⁽⁹⁴⁹⁾.

Si toute jurisprudence pèse sur la fonction normative, il est évident que celle dont la formation s'effectue à l'occasion du processus normatif, fait de son titulaire un codécideur de l'acte en formation. Le contrôle a priori des actes non centraux, répandu dans les pays d'Europe,

⁹⁴⁶.J. CHEVALLIER L'Etat de droit, R.D.P. 1988, p. 345

⁹⁴⁷.Le propos est volontairement excessif pour souligner le problème mais il convient de rappeler que le contrôle est motivé en droit, ce qui est une condition de son acceptation et d'autre part cette motivation est confrontée à d'autres motivations potentielles car l'organe de contrôle " ne dispose pas d'un monopole d'interprétation ", ce qui participe aussi à son acceptation. cf. À cet égard: D. ROUSSEAU Une résurrection: la notion de constitution, R.D.P. 1990, p. 17. Cette limitation est présente aussi dans le contrôle a posteriori, cf. L. COHEN-TANUGI Le droit sans l'Etat, p. 88 et s, P.U.F. 1985

⁹⁴⁸.MONTESQUIEU L'Esprit des lois, GARNIER-FLAMMARION, 1979. Il écrit p. 298: "La part qu'ils (les nobles) ont à la législation doit donc être proportionnée aux autres avantages qu'ils ont dans l'Etat; ce qui arrivera, s'ils forment un corps qui ait droit d'arrêter les entreprises du peuple, comme le peuple a droit d'arrêter les leurs. Ainsi, la puissance législative sera confiée et au corps des nobles, et au corps qui sera choisi pour représenter le peuple, ..." et p. 302: "Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher ".

⁹⁴⁹.D. ROUSSEAU Droit du contentieux constitutionnel, p. 383, MONTCHRESTIEN 1990. Voir aussi Y. GAUDEMET Le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat dans le processus législatif, p. 92 & s. Actes du colloque Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat des 21 & 22/1/1988, L.G.D.J. & MONTCHRESTIEN 1988

apparaît comme une participation des organes centraux à la faculté de statuer non centrale, particulièrement lorsqu'il peut donner lieu à des "navettes" entre organe central et non central comme en Italie et au Portugal.

Jamais le contrôle a posteriori ne produira un codécideur puisque, lors de son intervention l'acte existera et sera appliqué à ses destinataires. Le contrôle a posteriori exclut par définition la participation à la formation du contenu de l'acte, même si le titulaire de la faculté de statuer doit intégrer l'idée qu'il pourrait être empêché. Cette situation est comparable à celle de tout destinataire des normes; le titulaire de la faculté de statuer exerce celle-ci comme un individu particulier exerce son libre arbitre dans le cadre d'un ordre juridique déterminé.

L'atteinte à l'existence ou à l'autonomie de la faculté de statuer non centrale, révélera une décentralisation imparfaite.

II) La décentralisation imparfaite ou la "déconcentralisation"

L'on nous pardonnera la reprise de ce néologisme (⁹⁵⁰), mais il paraît convenir à l'appréhension rapide des conséquences de l'absence de respect des conditions de la décentralisation parfaite. La décentralisation se définissant par l'exclusivité de la faculté de statuer de l'organe non central garantie dans son existence et dans son autonomie; la "déconcentralisation" représentera toutes les situations dans lesquelles il sera porté atteinte soit à l'existence réelle, soit à l'autonomie de la faculté de statuer non centrale.

A) L'atteinte à l'existence de la faculté de statuer non centrale

Cette atteinte ne saurait être totale, car il n'y aurait plus décentralisation. Cela suppose donc, l'existence formelle de la faculté de statuer non centrale, mais l'absence de garantie relative à son effectivité. La garantie de l'existence de la faculté de statuer non centrale réside dans l'association des organes non centraux à la faculté de statuer centrale. C'est donc par la mise

⁹⁵⁰. Selon J.M. AUBY, O. GUICHARD serait à l'origine du terme qu'il aurait utilisé lors d'une intervention devant les Présidents des comités économiques et sociaux le 22 février 1977, cf. Aspect de la décision administrative en milieu local, Doc. Polycopiés du colloque de Bordeaux des 21-22/6/1978, p 5

en œuvre d'une sorte d'ingérence des organes non centraux dans la production des actes centraux, que sera garantie la faculté de statuer non centrale.

Cette association se manifeste soit par une participation à la faculté de statuer centrale, soit par l'application sur celle-ci d'une faculté d'empêcher détenue par les organes non centraux.

Le plus souvent une telle association sera refusée aux organes non centraux.

1) Le refus d'une association à la faculté de statuer centrale

La division de la faculté de statuer implique souvent une participation fonctionnelle ⁽⁹⁵¹⁾ des organes locaux, mais l'on se garde d'instituer juridiquement celle-ci, afin d'éviter que les organes non centraux puissent prétendre d'un droit.

Ce refus se manifeste tant dans les hypothèses d'association à l'exercice de l'initiative normative, que dans celles de participation à l'élaboration du fond des actes.

a) L'indifférence à l'initiative non centrale

Les organes non centraux se voient parfois reconnaître un droit d'initiative dans le cadre de la faculté de statuer centrale. Le plus souvent ce droit est au plus une invitation.

La Suisse, à cet égard apparaît plus respectueuse des organes locaux, puisque les cantons peuvent mettre en œuvre la procédure législative, en formulant par écrit une proposition auprès du Conseil Fédéral, qui émettra un avis avant de transmettre à l'Assemblée fédérale, qui statuera en dernière analyse. Cependant la procédure pourra faire intervenir une nouvelle fois les cantons dans le cadre de consultations, permettant ainsi à ceux-ci de suivre leur initiative ⁽⁹⁵²⁾.

⁹⁵¹.Y. MENY Politique comparée, p. 439 & s, MONTCHRESTIEN, 1991

⁹⁵².J. ROHR La démocratie en Suisse, p. 283 & s, ECONOMICA 1987

En Espagne, l'article 87 alinéa 2 de la Constitution reconnaît aux Assemblées autonomes un droit d'initiative en matière législative, mais les Cortès demeurent libres de la suite à y donner, puisque l'article 89 de la Constitution prévoit que la procédure " que doivent suivre les propositions de lois, sera établie par les règlements des Chambres "(⁹⁵³). Le référendum d'initiative populaire est prévu aussi en Espagne, mais la loi organique nécessaire pour le mettre en œuvre n'est pas intervenue (⁹⁵⁴). L'Italie connaît aussi l'initiative populaire mais celle-ci peut être écartée par le Parlement qui n'est pas contraint de la discuter, ni de la mettre en œuvre (⁹⁵⁵), alors qu'aux Etats-Unis d'Amérique l'initiative est soit soumise à référendum, soit adoptée par la législature de l'Etat (⁹⁵⁶).

En France, le droit d'initiative des organes locaux n'est pas ignoré, mais il est contrôlé par le Gouvernement qui n'est nullement tenu de mettre en œuvre une procédure normative quelconque. Il s'agit plus d'une invitation à l'initiative que d'une initiative réelle. Ce droit de proposition existait pour les départements d'outre-mer en matière législative et réglementaire (⁹⁵⁷), il a été reconnu à la Corse (⁹⁵⁸) et aujourd'hui à toutes les collectivités territoriales métropolitaines pour demander l'édiction d'une directive de protection et de mise en valeur des paysages (⁹⁵⁹).

Cependant le Conseil Constitutionnel a précisé la portée de cette initiative, en considérant que le premier ministre destinataire de la proposition ne pouvait être constitutionnellement tenu d'y répondre (⁹⁶⁰). Le Gouvernement est libre des développements à donner à cette invitation. En d'autres termes, en France, si la porte s'ouvre à une reconnaissance de l'initiative locale en

⁹⁵³.Art.87 & 89 Constitution du Royaume d'Espagne du 27/12/1978

⁹⁵⁴.Ph. LAUVAUX Les grandes démocraties contemporaines, p. 652, Coll. Droit fondamental, P.U.F.1990

⁹⁵⁵.Y. MENY Politique comparée, p. 191, MONTCHRESTIEN 1991

⁹⁵⁶.Ibid. p. 198-199

⁹⁵⁷.Décret 60-406 du 26/4/1960 relatif à l'adaptation du régime législatif et de l'organisation administrative des départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion.

⁹⁵⁸.Art.27 loi 82-214 du 2/3/1982 portant statut de la Corse, A.J.D.A.1982, p 291, art.8 de la loi 82-1171 du 31/12/1982 portant organisation des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion, A.J.D.A.1983, p 151 et art.26 loi 91-428 du 13/5/1991 portant statut de la Corse, R.F.D.A.1991, p. 758

⁹⁵⁹.Art.1 Loi 93-24 du 8/1/1993 sur la protection et la mise en valeur des paysages ..., J.O.9/1/1993, p. 503

⁹⁶⁰.C.C.9/5/1991 Décision 91-290 D.C., R.F.D.A. 1991, p. 429

matière législative ou réglementaire, elle demeure entrebâillée par le Gouvernement qui peut la refermer à tout moment. Il est difficile de considérer alors que les organes non centraux sont associés à l'initiative normative, ce que confirment les modalités de fixation du fond des actes.

b) L'absence de portée de l'association des organes non centraux à l'élaboration des normes centrales

La consultation constitue le moyen de l'association des organes non centraux à l'élaboration des normes.

S'agissant de protéger la faculté de statuer non centrale, la consultation des organes non centraux apparaît adaptée à cette fin, sans doute plus que la participation à l'initiative des organes non centraux. Elle est aussi plus facile à mettre en œuvre puisque les organes non centraux sont amenés à se pencher sur un projet d'acte central sur lequel ils doivent formuler un avis.

Si cette consultation, les conduit à émettre un avis conforme, on pourra considérer que dans cette hypothèse, ils sont véritablement associés à la faculté de statuer centrale, puisque cela exprimera la réalité reconnue en matière de bicaméralisme égalitaire. Il est entendu que cet avis conforme ne peut être individuel, il doit être collectif sinon nous ne sommes pas dans un ordre juridique hiérarchisé, puisque chacun pourrait s'abstraire de ce qui lui déplairait. Le refus collectif permet de maintenir l'unité de l'ordre juridique tout en permettant cette modalité de la séparation des pouvoirs.

En dehors de cette hypothèse de l'avis conforme, les autres consultations ne peuvent être considérées comme un mode de participation des organes non centraux à la faculté de statuer centrale, car d'une part la consultation peut n'être que facultative et d'autre part les organes centraux peuvent surmonter l'opposition. Si la consultation est prévue par la loi, elle peut n'être que facultative en matière législative (⁹⁶¹). Lorsque la consultation est obligatoire, le

⁹⁶¹. Ainsi le Conseil Constitutionnel en France, a considéré que l'inscription dans une loi d'une consultation préalable de certaines collectivités avant tout projet de loi les concernant, "ne saurait avoir une quelconque

consultant se trouve à la suite d'un avis défavorable rendu par les organes non centraux, devant une alternative étroite, soit il prend l'acte malgré l'avis négatif, soit il prend l'acte tel que modifié par l'avis.

Ainsi même s'il est tenu de consulter, l'organe central n'est pas tenu de se conformer à l'avis, empêchant ainsi de voir ici une réelle association à la faculté de statuer centrale.

2) Le refus d'une réelle faculté d'empêcher au profit des organes non centraux

L'exercice de la faculté d'empêcher les organes centraux est la méthode la plus simple pour associer les organes non centraux à l'activité normatrice centrale. Son caractère radical fait qu'elle se trouve strictement réglementée sinon surmontée.

Il faut distinguer selon que la faculté d'empêcher s'exprime par l'organisation d'un référendum abrogatif à la demande des organes non centraux ou par l'effet cumulé de décisions d'organes non centraux.

Le référendum protégera la faculté de statuer non centrale, lorsqu'il interviendra sur demande d'organes non centraux car le plus souvent il est prévu sur initiative populaire. Cette protection sera mieux assurée lorsqu'il interviendra avant l'entrée en vigueur des actes centraux, et c'est ce qui distingue notamment la Suisse de l'Italie (⁹⁶²).

En Suisse, la possibilité pour huit cantons de demander, dans le délai de 90 jours suivant la publication d'une loi adoptée par l'Assemblée fédérale, l'organisation d'un référendum n'a pas été utilisée (⁹⁶³), mais comme la même procédure était ouverte aux citoyens, la formule a connu malgré tout un certain succès.

incidence sur la régularité de la procédure législative, laquelle relève de la Constitution et des lois organiques prises pour son application". C.C.91-290 D.C. du 9/5/1991, R.F.D.A.1991, p. 429

⁹⁶². Ph. LAUVAUX Les grandes démocraties contemporaines, p. 104, Coll. Droit fondamental, P.U.F.1990

⁹⁶³. J. ROHR La démocratie en Suisse, p. 295, ECONOMICA, 1987

En Italie, à l'inverse, le référendum demandé par cinq conseils régionaux par délibérations intervenues dans le délai de quatre mois à compter de l'ouverture de la procédure, intervient à l'encontre d'une loi appliquée (⁹⁶⁴). Si la condition d'une demande formulée par cinq conseils régionaux (ou 500 000 signatures), n'apparaît pas dissuasive, la procédure elle-même est particulièrement encadrée.

Au plan formel, d'abord elle s'étale dans le temps car les étapes sont fixées à des dates déterminées (⁹⁶⁵) d'une part et l'échéance peut être reportée pour différentes raisons -période d'interdiction de dépôt de la demande ou dissolution- ce qui n'exclut pas des manœuvres, d'autre part (⁹⁶⁶). Au plan matériel, elle ne peut intervenir concernant les lois de finances, celles qui autorisent la ratification d'un traité international ou qui portent amnistie, mais en outre, elle est contrôlée par la Cour Constitutionnelle qui a étendu son contrôle "aux structures et aux thèmes" de la demande (⁹⁶⁷) et enfin elle peut devenir caduque "par l'adoption dissuasive d'une nouvelle loi par le Parlement"(⁹⁶⁸).

Cette lourdeur enlève sa crédibilité à cette faculté d'empêcher, qui à ce jour ne semble pas avoir été mise en œuvre par les conseils régionaux.

L'empêchement peut résulter de l'expression cumulée des refus d'un certain nombre d'organes locaux. Le système en matière législative ne semble pas exister, mais est assez répandu en matière réglementaire en France.

⁹⁶⁴.Ph. LAUVAUX Les grandes démocraties contemporaines, p. 104, Coll. Droit fondamental, P.U.F.1990

⁹⁶⁵.Ainsi après la réunion des signatures dans les trois mois qui suivent l'ouverture de la procédure, la demande doit être introduite entre le 1 janvier et le 30 septembre, la Cour de Cassation statuera sur la réunion des conditions entre le 31 octobre et le 20 novembre, puis la Cour Constitutionnelle admettra ou non la demande entre le 20 janvier et le 10 février

⁹⁶⁶.Ph. LAUVAUX Les grandes démocraties contemporaines, p. 590-591, Coll. Droit fondamental, P.U.F.1990

⁹⁶⁷.Ibid. 591. Il est intéressant de constater que la Cour peut contrôler aussi la loi référendaire, le peuple intervenant " alors comme pouvoir constitué "(p. 592).

⁹⁶⁸.Ibid. p. 591

On l'a évoqué plus haut, on l'examinera dans la troisième partie, mais d'ores et déjà on peut constater que si l'empêchement est alors assez facilement réalisé ⁽⁹⁶⁹⁾, il n'a qu'un faible effet, car pour le surmonter le plus souvent un décret en Conseil d'Etat suffit ⁽⁹⁷⁰⁾ et cette intervention d'un organe central, même non doté d'une faculté de statuer, n'excluant pas une "appréciation de l'opportunité"⁽⁹⁷¹⁾ n'apparaît pas particulièrement protectrice des organes non centraux.

L'absence soit d'une faculté d'empêcher, soit d'une association à la faculté de statuer centrale ne permettra de considérer qu'un Etat est décentralisé parfaitement. Il en sera de même lorsque l'autonomie de la faculté de statuer non centrale ne sera pas garantie.

B) L'atteinte à l'autonomie de la faculté de statuer non centrale

La "déconcentration" représentera toutes les situations dans lesquelles la faculté d'empêcher centrale s'immiscera dans la faculté de statuer non centrale, sans toutefois tomber dans la déconcentration car l'organe non central demeure non soumis à l'autorité hiérarchique.

Cette "déconcentration" sera réalisée lorsque l'une des conditions de la décentralisation ne sera pas respectée, mais s'agissant d'un mode d'organisation du pouvoir normatif, elle pourra se manifester aussi, alors même que les conditions de la décentralisation sont présentes, par leur caractère non effectif.

Chacun sait que les formes d'organisation du pouvoir sont, quant à leur appréciation, dépendantes des relations qu'entretiennent les organes du pouvoir. La distinction entre le régime parlementaire et le parlementarisme rationalisé tient aux dispositions régissant les rapports entre les organes et non à une différence dans les conditions de fond du parlementarisme.

⁹⁶⁹. Ainsi en matière d'urbanisme, une proportion du 1/4 des communes peut empêcher le Préfet d'approuver un schéma mis en œuvre au titre des articles L.122-1-4 et L.122-3 du code de l'urbanisme, en matière de coopération intercommunale une proportion d'un tiers des communes peut suffire (ex. art. L 163-1 du code des communes)

⁹⁷⁰. Ex. art. L.122-3 du code de l'urbanisme ou pour l'adoption du plan départemental prévu par l'art.3 de la loi 90-449 du 31/5/1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement

⁹⁷¹. Y. GAUDEMET Le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat dans le processus législatif, p. 92, Actes du colloque 21/22/1/1988 Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat, L.G.D.J. & MONTCHRESTIEN

La décentralisation, à l'instar du régime parlementaire connaît sa "rationalisation" dont l'objet avoué est d'établir des rapports équilibrés entre les organes (⁹⁷²).

En matière de décentralisation, la rationalisation se manifestera donc par le maintien des conditions de la décentralisation, qui seront cependant modifiées par une organisation originale des rapports entre titulaires de la faculté de statuer et d'empêcher.

Cette organisation originale se manifestera par un privilège de mise en œuvre de la faculté d'empêcher au profit d'un organe central titulaire d'une faculté de statuer et par la mise en place de procédures tendant à interrompre plus rapidement les effets de l'entrée en vigueur des actes non centraux; c'est à dire à rapprocher les effets du contrôle a posteriori de ceux du contrôle a priori.

1) Le privilège des organes centraux dans la mise en œuvre de la faculté d'empêcher

Dans l'esprit de MONTESQUIEU, seule la liberté doit être préservée et pour cela il divise la formation de la contrainte organisée. Cette finalité de la séparation des pouvoirs apparaît tant dans la proposition du bicamérisme qui permet à chaque chambre d'empêcher que l'autre n'atteigne les intérêts qu'elle représente. Ici, l'empêchement résulte d'un bicamérisme égalitaire ou la remise d'une faculté d'empêcher au Roi afin de préserver ses intérêts propres.

Transposée à notre domaine, l'idée conduira à reconnaître aux titulaires de la faculté d'empêcher un intérêt direct à agir. La rationalisation va se manifester par un découplage de l'intérêt et de la faculté d'empêcher ou plutôt en attribuant à un organe central disposant d'une faculté de statuer, un intérêt général l'autorisant à exercer pour tout motif sa faculté d'empêcher. De cette façon de simple virtualité, la faculté d'empêcher devient réalité permanente.

⁹⁷².Les exemples du parlementarisme rationalisé en France démontrent l'inverse du but assigné puisque la rationalisation a donné lieu sous la IVème République à une suprématie du législatif et sous la Vème République à une subordination de ce législatif à l'exécutif.

La méthode est utilisée en France et a été consacrée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 25 février 1982 (⁹⁷³) concernant les articles 2, 45 et 69 de la loi 82-213 du 2/3/1982. Dans cette décision, le Conseil reconnaît que la libre administration inscrite à l'article 72 de la constitution de 1958 s'exerce " sous la réserve, qu'elle respecte les prérogatives de l'Etat énoncées à l'alinéa 3 " de cet article. Hormis la référence nébuleuse à l'Etat (⁹⁷⁴), l'admission d'une faculté d'empêcher, à l'instar de celle reconnue au Roi par MONTESQUIEU, au profit du délégué du Gouvernement n'est pas critiquable.

Elle le devient cependant lorsque la décision **réserve** à ce délégué les prérogatives de l'alinéa 3 de l'article 72. Il range ainsi parmi les accessoires la mise en œuvre de la faculté d'empêcher par les destinataires des actes locaux, comme en témoignait déjà le régime de celle-ci avant 1982, puisqu'elle transitait nécessairement par ledit délégué du Gouvernement (⁹⁷⁵).

Quel que soit le fondement de ce privilège - la légalité mais pas exclusivement puisque l'article 72 évoque les intérêts nationaux -, il établit une hiérarchie entre les intérêts que la faculté d'empêcher a pour but de protéger, qui justifie que le délégué du Gouvernement ait toujours intérêt à agir.

Cette distinction n'allait pas de soi, puisqu'" en effet, la garantie offerte à tous citoyens visés par un acte administratif est la publication ou la notification, qui est réputée leur donner des moyens suffisants de connaissance pour leur permettre de le contester utilement devant le juge de l'excès de pouvoir. Le Conseil Constitutionnel aurait donc pu se référer à cette présomption légale de connaissance, fondement de toutes les procédures de contestation juridictionnelle des actes administratifs, ... En optant pour un autre raisonnement juridique, qui vise à privilégier le représentant de l'Etat vis-à-vis de toutes les autres personnes touchées par un

⁹⁷³.C.C. 81-137 DC du 25/2/1982 A.J.D.A. 1982 p. 294

⁹⁷⁴. On ne sait à quelle disposition constitutionnelle, le Conseil se rattache pour faire du délégué du gouvernement l'incarnation de l'Etat.

⁹⁷⁵.Ancien article L.121-34 du code des communes modifié par la loi 82-213 du 2/3/1982

acte d'une collectivité locale, le Conseil Constitutionnel s'est fondé sur une conception régaliennne, qui n'était pas la seule possible du contrôle de légalité ..."⁽⁹⁷⁶⁾.

Cette hiérarchie "enregistrée" par le législateur (⁹⁷⁷) aura pour conséquence d'imposer la transmission des actes les plus importants au délégué du Gouvernement et d'en faire une condition de leur entrée en vigueur. A cette occasion le représentant de l'Etat récupère une occasion d'influer sur le contenu des actes locaux, c'est à dire sur la faculté de statuer.

En effet, " la légalité du préfet n'est pas ... la légalité du juge. Elle ne constitue pour lui, dans la plupart des cas, que la toile de fond d'une négociation plus vaste qui intègre de nombreux éléments d'opportunité, dont certains peuvent correspondre à des intérêts politiques, économiques, et sociaux dont il a également la charge "⁽⁹⁷⁸⁾.

Le juge va renforcer lui-même cette capacité du délégué du Gouvernement à s'immiscer dans la faculté de statuer non centrale, en reconnaissant d'une part, à ces interventions préfectorales le caractère d'un recours gracieux (⁹⁷⁹) et d'autre part en admettant le caractère facultatif de la saisine du juge et donc l'impossibilité de contester le refus au contentieux (⁹⁸⁰).

Il s'en est suivi " une régulation administrative du contrôle de légalité "⁽⁹⁸¹⁾ peu compatible avec l'admission du monopole de l'organe non central sur la faculté de statuer dont il est doté. Son exclusivité sera encore contestée par le régime du sursis à l'exécution.

⁹⁷⁶.A. RICHARD rapporteur sur la proposition de loi modifiant et complétant la loi 82-213 du 2/3/1982, cité par A. DELCAMP dans son article " Les nouvelles conditions du contrôle de légalité sur les actes des autorités locales, A.J.D.A. 1982, p. 501

⁹⁷⁷.Loi 82-623 du 22/7/1982 J.O. 23/7/1982

⁹⁷⁸.J.C. HELIN Le Préfet, les élus et le juge, LES PETITES AFFICHES 1992, n° 151, p. 14

⁹⁷⁹.C.E. 18/4/1986 Commissaire de la République d'Ille et Vilaine, A.J.D.A.1986, p. 455

⁹⁸⁰.C.E. 25/1/1991 BRASSEUR R.F.D.A. 1991, p. 593

⁹⁸¹.J.C. HELIN La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit, R.F.D.A. 1987, p. 765

2) Le rapprochement du contrôle a posteriori du contrôle a priori

La faculté d'empêcher supprime rétroactivement la décision non centrale. Une interférence entre la faculté d'empêcher et la faculté de statuer apparaîtra si, avant que n'intervienne la décision d'annulation, on paralyse la décision non centrale en empêchant son exécution.

La procédure du sursis, en elle-même, n'est pas, là encore, critiquable. Elle le devient, lorsqu'elle peut permettre d'établir cette influence de la faculté d'empêcher sur la faculté de statuer. Cette influence est facilitée par le régime du retrait des actes. Ainsi en France, un acte administratif réglementaire peut être retiré, nonobstant l'écoulement du délai de deux mois, tant que le juge n'a pas statué (⁹⁸²). Dès lors, assortie d'une demande de sursis, la requête en annulation, pourra, si le sursis est accordé, permettre d'influer sur la faculté de statuer locale en vue d'obtenir le retrait de la décision en instance et sa modification.

Or cette technique va être organisée concernant les actes non centraux, en privilégiant l'organe central titulaire d'une faculté de statuer, par rapport aux autres personnes intéressées.

Classiquement le sursis ne peut être obtenu en France, que s'il existe un risque de conséquences difficilement réparables et si des moyens sérieux sont invoqués dans la requête en annulation. Cependant même lorsque ces conditions sont réunies, le juge n'est pas tenu d'ordonner le sursis (⁹⁸³). Il apparaît donc comme une simple éventualité.

Lorsque le sursis est demandé par le délégué du Gouvernement, son octroi est obligatoire, si un moyen sérieux de nature à justifier l'annulation est invoqué.

Le représentant de l'Etat dispose là d'une arme réelle dans la négociation, notamment en raison de la complexité des procédures préalables aux décisions et de la liberté d'appréciation du juge concernant certains moyens d'annulation. Ceci ne devait pas être encore suffisant, puisque le

⁹⁸².sur cette question, cf. R. CHAPUS Droit administratif général, p. 851, MONTCHRESTIEN, 1992

⁹⁸³.cf. sur cette question R. CHAPUS Droit du contentieux administratif, p. 820 & s, MONTCHRESTIEN 1990

législateur ⁽⁹⁸⁴⁾ a accepté d'établir un sursis automatique particulièrement en matière d'urbanisme et de marchés ⁽⁹⁸⁵⁾.

La demande de sursis dans ces matières entraînait automatiquement le sursis pendant un délai de trois mois pendant lequel le juge devait statuer sur la demande. Ce n'était pas le retour de l'approbation mais cette automaticité du sursis sur une période aussi longue, paralysait la faculté de statuer de l'organe non central et mettait le représentant du Gouvernement en position de force pour influencer le contenu de cette décision.

Le Conseil Constitutionnel qui n'avait pas été saisi de ce problème va annuler les dispositions de l'article 83 de la loi au motif que les prérogatives conférées en l'espèce au délégué du Gouvernement privaient " de garanties suffisantes l'exercice de la libre administration des collectivités locales ... " ⁽⁹⁸⁶⁾.

La décentralisation parfaite ou la "déconcentration" peuvent être organisées aux différents niveaux de la hiérarchie des normes, permettant ainsi de caractériser des types d'ordre juridique, des types d'Etat.

Sous-section II) Les conséquences de l'organisation du monopole de la faculté de statuer non centrale sur le caractère de l'ordre juridique

La division de la faculté de statuer entre organes centraux et non centraux peut intervenir au niveau législatif ou réglementaire. Au niveau législatif la décentralisation parfaite organise un Etat fédéral, au niveau réglementaire un Etat " libre administré ".

⁹⁸⁴. Il est permis de s'interroger sur la conception de la libre administration du législateur et particulièrement sur celle du Sénat, pourtant représentant des collectivités, dans la mesure où cette assemblée a toujours été favorable à un contrôle étroit des actes locaux par les préfets impliquant au moins la suspension de l'acte; cf. par ex. L. de TINGUY Rapport n° 307 Sur le projet de loi pour le développement des responsabilités locales, tome II, p. 41, Seconde Session ordinaire 1978-79, ou M. GIRAUD Rapport n° 33 Sur le projet de loi adopté par l'Ass. Nat. relatif aux droits et libertés des communes, des départements et des Régions, tome 1, p. 99, Première session ordinaire 1981-82

⁹⁸⁵.Article 83 loi 93-122 du 29/1/1993 J.O. 30/1/1993 p. 1588. Ces dispositions ont été annulées par le Conseil Constitutionnel.

⁹⁸⁶.C.C.92-316 DC du 20/1/1993 J.O. 30/1/1993 p 1558. Cette décision après celle de 1982, rend attentif à l'opinion de D. LOSCHAK qui évoque les « vigilances à éclipses " du Conseil. Le Conseil Constitutionnel protecteur des libertés? POUVOIRS n° 13, p. 41 & s

1) La décentralisation législative: critère de l'Etat fédéral

Aujourd'hui ce type d'Etat demeure défini de façon confuse, nous proposons de le définir à partir d'une décentralisation parfaite de la production normative législative (A). Cependant, hormis la Suisse, les Etats n'épousent pas ce modèle; ils sont imparfaitement décentralisés en matière législative (B).

A) L'Etat fédéral

La définition doctrinale de l'Etat fédéral centrée sur la notion d'Etat ne permet pas une définition claire de l'Etat fédéral. Le mode de production décentralisé de la loi nous paraît être le critère discriminant entre l'Etat fédéral et l'Etat unitaire.

1) L'imprécision doctrinale

La définition de l'Etat fédéral a fait l'objet de débats doctrinaux particulièrement vifs ⁽⁹⁸⁷⁾, centrés particulièrement sur la souveraineté des Etats fédérés et de l'Etat fédéral.

Il n'est pas possible de rappeler ces réflexions, mais il en ressort malgré leur richesse, un sentiment d'impuissance. En effet, la doctrine n'a pu offrir à la dogmatique juridique, une définition de l'Etat fédéral.

Aujourd'hui la doctrine demeure attachée, là encore, à une approche descriptive à partir de trois éléments: la superposition, la participation et l'autonomie.

Le premier de ces éléments exprime l'idée selon laquelle le fédéralisme est une question interne à un ordre juridique. Ainsi A.HAURIUOU écrivait: " L'Etat fédéral est une société d'Etats ayant entre eux des rapports de droit interne, c'est à dire de droit constitutionnel, dans laquelle un super - Etat est superposé aux Etats associés "⁽⁹⁸⁸⁾. L'idée de société d'Etats est

⁹⁸⁷.Pour un rappel de ces débats, G. BURDEAU Traité de Science politique, tome 2, p. 484 & s, L.G.D.J. 1967

⁹⁸⁸.A. HAURIUOU Droit constitutionnel et institutions politiques, p. 147 MONTCHRESTIEN 1972

pour le moins curieuse et même G. SCELLE à qui l'on imputait la paternité de l'idée écrivait qu'il était tout "aussi irréal de considérer qu'il puisse y avoir une société d'Etats ou des sociétés d'Etats superposées aux sociétés d'individus que de considérer l'Etat lui-même comme une société de circonscriptions administratives. Cette dernière représentation nous semble absurde lorsque nous l'envisageons sous l'angle de l'organisation étatique; la conception d'une société d'Etats ne le paraîtra pas moins sous l'angle de l'organisation internationale"⁽⁹⁸⁹⁾. La notion de super Etat, quant à elle, est pour le moins juridique.

Le deuxième élément concerne le principe de participation qui se manifeste par l'association des Etats membres "à la formation des décisions de l'Etat fédéral. Il y a notamment dans tous les Etats fédéraux une seconde chambre où siègent des représentants des Etats membres "⁽⁹⁹⁰⁾. Or ce n'est pas l'apanage de l'Etat fédéral puisque M. BOURJOL écrit que "si le système politique français répudie le fédéralisme "parcellaire", il capte l'énergie démocratique du "pouvoir local" en l'institutionnalisant sur le plan national et en le faisant participer à l'exercice de la souveraineté nationale. La constitution de 1958 fait participer les collectivités territoriales à l'exercice de la souveraineté par l'intermédiaire du Sénat "⁽⁹⁹¹⁾.

Le troisième élément constituant le principe d'autonomie, se traduit par la possibilité pour les Etats membres d'établir leur constitution, de faire leurs lois, de choisir leurs gouvernants. Or, ainsi que le montre M.H. FABRE, " si l'on prend l'expression d'autonomie constitutionnelle dans son sens matériel, ...un tel critère n'est que quantitatif pour deux raisons:

- le droit pour l'Etat membre de régler sa propre organisation n'est pas absolu ...
- le département et la commune ont à l'intérieur de leur statut administratif, le droit d'auto - organisation "⁽⁹⁹²⁾.

Cette absence de définition conduit à la présentation sans "rupture de l'Etat unitaire décentralisé à l'Etat fédéral"⁽⁹⁹³⁾ et à la recherche perpétuelle des traits distinguant "la

⁹⁸⁹.G. SCELLE Le droit constitutionnel international, Mélanges R. CARRE DE MALBERG, p. 509, DUCHEMIN, 1977

⁹⁹⁰.G. BURDEAU, F. HAMON, & M. TROPER Manuel de droit constitutionnel, p. 54, L.G.D.J. 1988

⁹⁹¹.M. BOURJOL & S. BODARD Droits et libertés des collectivités territoriales, p. 28, MASSON 1984

⁹⁹².M.H. FABRE Principes républicains de droit constitutionnel, p. 23-24, L.G.D.J. 1977

collectivité dite " Etat-membre" d'un Etat fédéral et les provinces, départements, communes ... etc. ... que contient un Etat unitaire décentralisé ..."(⁹⁹⁴).

Pour ma part, je retiendrai cette expression de R. PELLOUX, selon lequel "le fédéralisme apparaît tout d'abord comme un *mode d'organisation* ..."(⁹⁹⁵) de la production de la norme seconde, la répartissant entre organe central et non central selon un critère de compétence personnelle territoriale.

2) L'Etat fédéral: Etat de production décentralisée de la norme seconde

Dans un Etat fédéral, il y a partage de la faculté de statuer avec reconnaissance d'un monopole au profit des Etats fédérés dans certaines matières et monopole de l'Etat fédéral dans d'autres matières, définies de façon a priori par la norme première (la constitution). Cependant, on l'a vu, la frontière est floue, elle est parfois même non organisée puisque les compétences peuvent être concurrentes; le principe de subsidiarité devant dans cette hypothèse, régler l'attribution des compétences à l'organe central ou non central.

L'impuissance opératoire d'une délimitation matérielle ou à partir du principe de subsidiarité conduit nécessairement à recourir à des moyens formels susceptibles de garantir l'exclusivité de la faculté de statuer des organes. Aussi, avons-nous dit que la faculté de statuer centrale devait être préservée par une faculté d'empêcher s'exerçant sur les organes non centraux, d'une part et la faculté de statuer non centrale tenir à l'existence au profit des organes non centraux d'une faculté d'empêcher les organes centraux, d'autre part.

L'on pourra, alors, définir l'Etat fédéral comme l'Etat dans lequel la production de la norme seconde appartient concurremment à des organes centraux et non centraux qui disposent réciproquement d'une faculté de s'empêcher.

⁹⁹³.Ph. ARDANT Institutions politiques et droit constitutionnel, p. 32, L.G.D.J. 1990

⁹⁹⁴.Ch. DURAND De l'Etat fédéral à l'Etat unitaire décentralisé, Mélanges A.MESTRE p. 194, SIREY 1956

⁹⁹⁵.R. PELLOUX Brèves réflexions sur la notion de fédéralisme, p. 217 Mélanges J.J. CHEVALLIER, CUJAS 1977

Au vu de cette définition, la Suisse apparaît le seul Etat décentralisé au plan législatif, et donc le seul Etat fédéral (⁹⁹⁶). En effet, l'Assemblée fédérale dispose d'une faculté de statuer sur laquelle s'applique la faculté d'empêcher des cantons par voie référendaire et réciproquement, les organes cantonaux détiennent aussi une faculté de statuer soumise à une faculté d'empêcher détenue par un organe central non doté d'une faculté de statuer, le Tribunal Fédéral. Cependant ce n'est pas vrai en toutes circonstances, puisqu'existe parfois un pouvoir d'approbation du Conseil Fédéral (art.102-13 de la constitution suisse).

L'Autriche présente, en certaines matières les caractères d'un Etat fédéral, il s'agit donc d'un fédéralisme partiel. En effet, en matière scolaire, de police routière, de création d'autorités de police fédérale " chargées de questions relevant du domaine autonome d'exécution du Land " ... les Länder et la Fédération sont sur un pied d'égalité dans la mesure où " une décision nécessitera pour son adoption deux législations concordantes, ou bien, l'une des deux collectivités sera dotée d'un veto absolu à l'égard de la décision de l'autre " (⁹⁹⁷).

Il semble donc que le fédéralisme demeure une conquête à faire. Le but ne semble pas inaccessible car un certain nombre d'Etats n'en sont pas éloignés.

B) Les Etats déconcentrés en matière législative

Bien qu'un certain nombre d'Etats se définissent comme fédéraux et ceci parfois depuis longtemps, ils n'en présentent pas tous les aspects, à savoir la garantie de l'existence de la faculté de statuer non centrale et de l'autonomie de celle-ci. Selon les caractères de cette absence de garantie, certains de ces Etats peuvent apparaître au seuil du fédéralisme, d'autres simplement sortis de la déconcentration législative sans en avoir "claqué la porte".

1) L'absence de garantie de l'existence de la faculté de statuer non centrale

⁹⁹⁶.La recherche s'étant bornée à quelques Etats européens et d'outre atlantique, le propos doit être vérifié pour l'ensemble de la communauté étatique.

⁹⁹⁷.C.S. DOUIN Le Fédéralisme autrichien, p. 75 & s, L.G.D.J. 1977

Curieusement on peut être en raison de cela, il s'agit des Etats qui se réclament depuis longtemps du fédéralisme. Sans prétendre à l'exhaustivité, on y trouve les Etats-Unis d'Amérique, le Canada, l'Australie, l'Allemagne qui sont des Etats qui ne reconnaissent pas à leurs Etats membres la faculté d'empêcher le législateur fédéral.

2) L'absence de garantie de l'autonomie de la faculté de statuer non centrale

Les Etats ayant juridictionnalisé le contrôle des actes non centraux, cette absence de garantie résultera de l'exercice a priori de la faculté d'empêcher les organes non centraux.

En effet, la faculté d'empêcher est détenue par un juge généralement constitutionnel en Europe ⁽⁹⁹⁸⁾ ou ordinaire comme aux Etats-Unis d'Amérique ⁽⁹⁹⁹⁾. Il convient de bien déterminer la prérogative détenue par l'organe central, afin de ne pas confondre la faculté de statuer et celle d'empêcher ⁽¹⁰⁰⁰⁾. C'est donc à partir du caractère a priori ou a posteriori que l'on déterminera l'existence ou l'inexistence de la garantie de l'autonomie.

A cet égard, les Etats-Unis d'Amérique se distinguent des autres Etats fédéraux dans la mesure où la faculté d'empêcher s'y exerce a posteriori ⁽¹⁰⁰¹⁾, alors que dans les Etats européens, elle s'applique le plus souvent a priori ⁽¹⁰⁰²⁾. Cette faculté d'empêcher peut même s'exprimer par une approbation d'un organe doté d'une faculté de statuer (cf. l'article 102-13 de la constitution suisse qui prévoit dans certains cas l'approbation du Conseil Fédéral).

⁹⁹⁸.cf. F. RUBIO LLORENTE Les relations entre le pouvoir central et les pouvoirs territoriaux dans la jurisprudence constitutionnelle, p. 9, R.F.D.A. 1986

⁹⁹⁹.cf. Y. MENY Politique comparée, p. 307 & s, MONTCHRESTIEN, 1991, pour approche comparative par les Préfets cf. Préfets français et gouverneurs des Etats-Unis, ADMINISTRATION 1969, p. 26

¹⁰⁰⁰.Ainsi en Allemagne, l'article 37 de la constitution fédérale permet au gouvernement fédéral de se substituer à un Land défaillant, ce qui s'analyse comme une faculté de statuer et non d'empêcher

¹⁰⁰¹.Y. MENY Politique comparée, p. 393 & s, MONTCHRESTIEN 1991, cf. aussi D. CUSTOS Le recours constitutionnel devant la Cour Suprême américaine, R.D.P. 1991, p. 1030

¹⁰⁰².ex. art.161 de la constitution espagnole du 27/12/1978, art.127 constitution italienne du 27/12/1947 ou art.235 constitution portugaise du 2/4/1976, ex. de contrôle a posteriori la R.F.A., sur cette question, cf. Y. MENY précité p. 387 & s, et F. RUBIO LLORENTE Les relations entre le pouvoir central et les pouvoirs territoriaux dans la jurisprudence constitutionnelle, p. 13 & s, R.F.D.A. 1986, L. FAVOREU Le contrôle juridictionnel des lois en Europe, (cet article n'évoque pas la question des rapports centre - périphérie dans la jurisprudence constitutionnelle), R.D.P. 1984, p. 1183

Les Etats qui exercent ce contrôle a posteriori garantissent l'autonomie de la faculté de statuer non centrale. Cependant aux Etats-Unis d'Amérique, des procédures comme l'injonction ou le jugement déclaratoire viennent altérer cette affirmation dans la mesure où elles permettent d'attaquer une loi avant que celle-ci soit entrée en vigueur (¹⁰⁰³).

La décentralisation législative peut n'être pas organisée, alors que le serait la décentralisation réglementaire.

II) La libre administration ou la décentralisation réglementaire

Le niveau réglementaire est celui dans lequel, pour caractériser une "certaine autonomie" des organes non centraux, on a forgé l'expression de décentralisation, avec l'imprécision que l'on a vue. Je propose donc, à l'instar de ce qui a été fait en matière législative, de définir la libre administration comme un mode de production des normes réglementaires. Là encore, cette définition nous permettra de remarquer que pour l'essentiel les Etats semblent être déconcentrés en matière réglementaire.

A) Définition de l'Etat décentralisé en matière réglementaire

Je ne reviendrai pas sur l'imprécision de la définition doctrinale de la décentralisation et définirai donc l'Etat décentralisé en matière réglementaire comme celui dans lequel la production de la norme "troisième", le règlement, est divisée entre organes centraux et non centraux de telle façon que ceux-ci disposent d'une faculté de statuer exclusive de l'autre grâce à une faculté mutuelle de s'empêcher.

En raison de l'absence de reconnaissance au profit des organes non centraux d'une faculté générale d'empêcher les organes centraux, il apparaît que les Etats ne connaissent cette organisation que de façon ponctuelle et dès lors la situation la plus répandue est la déconcentration réglementaire.

B) La déconcentration réglementaire

¹⁰⁰³.sur ces procédures, cf. G. BURDEAU Traité de Science politique, tome IV, p. 470

Comme en matière législative, ce caractère résultera de l'absence de garantie de l'existence et de l'autonomie de la faculté de statuer non centrale.

1) L'absence de garantie de l'existence de la faculté de statuer non centrale

Même reconnue par une norme supérieure, cette faculté de statuer n'est véritablement garantie que lorsque les organes non centraux disposent collectivement d'une faculté d'empêcher les organes centraux. On l'a dit à l'instant, il n'existe pas de reconnaissance générale d'une telle faculté d'empêcher, qui néanmoins peut être organisée parfois. Ainsi en France, il y a décentralisation réglementaire et donc libre administration, lorsque dans le cadre de la loi 92-125 du 6 février 1992, le schéma départemental de coopération intercommunale prévoyant la création de communautés de communes ou autres, une faible proportion des intéressées peut s'opposer à celle-ci ⁽¹⁰⁰⁴⁾. Dans cette hypothèse, il y a, en effet, protection de la faculté de statuer non centrale - la création d'une structure de coopération - par une faculté d'empêcher s'exerçant sur une décision du Préfet, organe central. Il s'agit d'une hypothèse marginale, car généralement l'empêchement peut être surmonté par une procédure dans laquelle, on le verra, les organes locaux n'interviennent plus.

A cela, s'ajoute souvent une absence d'autonomie de la faculté de statuer locale.

2) L'absence de garantie de l'autonomie de la faculté de statuer non centrale

Cette situation résulte soit de la capacité d'un organe central doté d'une faculté de statuer, d'empêcher les organes non centraux, soit de l'exercice a priori de la faculté d'empêcher.

Il apparaît qu'en Europe, la faculté d'empêcher les organes locaux est remise, sinon généralement du moins dans de nombreuses hypothèses à des organes centraux dotés d'une

¹⁰⁰⁴. 1/3 des communes représentant plus de la moitié de la population, cf. Art.69, 70 & 71 de la loi

faculté de statuer (¹⁰⁰⁵). Cette faculté d'empêcher n'excluant pas ultérieurement l'intervention d'un organe central juridictionnel.

Par ailleurs en 1979, L. de Tinguy montrait dans un rapport sénatorial (¹⁰⁰⁶) que cette faculté d'empêcher se manifestait souvent a priori, puisque sur les onze Etats cités par le rapporteur, seule la Suisse ne connaissait pas l'approbation (¹⁰⁰⁷).

Un bilan même sommaire, de l'organisation des Etats tant au plan de la production des lois que des règlements montre qu'à l'exception de la Suisse et des régions italiennes, les organes non centraux ne disposent pas d'une faculté générale d'empêcher les organes centraux. Par ailleurs, il ressort aussi que l'autonomie de la faculté de statuer non centrale n'est pas toujours assurée d'une façon générale, puisque dans certains Etats cela peut varier suivant les matières; pour certaines il peut y avoir décentralisation et pour d'autres déconcentration ou déconcentration suivant les garanties données à la faculté de statuer non centrale. Chacune de ces définitions est, on le rappelle, exclusive de l'autre; c'est à dire que pour un même problème on ne saurait avoir un organe qui soit à la fois déconcentré et décentralisé. Mais pour des problèmes distincts, le même organe pourra être soit un organe déconcentré soit un organe décentralisé du pouvoir normatif.

Cette hétérogénéité des situations selon les matières dans un même Etat, en d'autres termes l'absence de reconnaissance générale de l'existence et de l'autonomie de la faculté de statuer non centrale, exclut que l'on puisse dire d'un Etat, il est décentralisé ou déconcentré en matière législative ou réglementaire. Pour chaque domaine d'intervention, il faut alors examiner le mode de production des normes, pour déterminer le caractère de l'Etat en ce qui la

¹⁰⁰⁵.Cf. Sous la direction de Ch. DEBBASCH La décentralisation en Europe, p. 22 pour la R.F.A, p. 40 pour la Suisse, p. 51 pour l'Autriche, p. 197 pour le Luxembourg, p. 240 pour les Pays-Bas ..., Ed. du C.N.R.S.1981. Voir aussi sous la direction de Ch. DEBBASCH L'administration publique en Europe, Ed. du C.N.R.S., 1988

¹⁰⁰⁶.L. de TINGUY Rapport 307 sur le projet de loi pour le développement des responsabilités locales, p. 68, Doc. Sénat 2de Session ordinaire de 1978-79. Le rapporteur avait évoqué la situation des communes d'Autriche, Belgique, Danemark, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, R.F.A., Royaume-Uni, Suède et la Suisse.

¹⁰⁰⁷.R. JAGMETTI affirme qu'il existe même dans ce pays des hypothèses d'approbation (ex. les plans d'urbanisme), dans "Les compétences du pouvoir local en Suisse", p. 40 de l'ouvrage collectif "La Décentralisation en Europe", Ed. du C.N.R.S. 1981

concerne. On parlera, alors d'Etats "partiellement" décentralisés, déconcentrés ... en matière législative et/ou réglementaire.

Ce phénomène conduit à s'interroger sur les organes non centraux eux-mêmes.

Conclusion de la II ème partie

La question de la centralisation - décentralisation ne se posant au mieux, qu'au niveau de la norme seconde, c'est donc la norme première ou à tout le moins supérieure, qui détermine les organes non centraux. Sur quoi repose la reconnaissance de tel ou tel organe en qualité d'organe non central? Nous sortons ici de la dogmatique juridique pour entrer dans le champ de la sociologie juridique car il y a une distinction à établir entre ce qui fonde la reconnaissance d'un organe en qualité d'organe du pouvoir normatif (ce peut être l'histoire, une nécessité économique ou plus généralement sociale, une simple technique ...) et la prérogative qu'il exerce dans la production des normes.

On peut toutefois se risquer à quelques réflexions.

L'absence d'admission générale au profit des organes non centraux d'une faculté d'empêcher les organes centraux tient au caractère représentatif de la démocratie. De même que l'on n' imagine pas que les citoyens puissent décider eux-mêmes de leurs affaires, l'on ne conçoit pas qu'une collectivité puisse directement participer aux décisions qui l'intéressent. Dès lors, on concevra seulement de les associer par des représentants, dont le caractère "représentatif" devrait être lié à une représentation de type "diplomatique, ou encore du mandat tel qu'il est prévu en droit privé" ⁽¹⁰⁰⁸⁾. Or cette technique est pour le moins exceptionnelle, et ainsi la désignation par la collectivité elle-même de son représentant n'apparaît pas comme la meilleure garantie de son autonomie, une représentation générique indirecte apparaissant " un meilleur garant de la représentation des collectivités ou Etats composants " ⁽¹⁰⁰⁹⁾. On ne s'étonnera pas dans ces circonstances que le principe de subsidiarité ne puisse " être interprété ou utilisé comme un argument pour contenir ou restreindre l'intervention de l'Etat " ⁽¹⁰¹⁰⁾.

A ce refus de la démocratie directe et pour être plus exact de procédés de démocratie directe, s'ajoute pour expliquer notre phénomène de "parcellisation" de la décentralisation, déconcentration ..., le rejet de l'idée même de collectivité.

¹⁰⁰⁸.J.A. MAZERES Les collectivités locales et la représentation R.D.P.1990, p. 623

¹⁰⁰⁹.Ibid. p. 623

¹⁰¹⁰.J.M. PONTIER La subsidiarité en droit administratif, p. 1520, R.D.P.1984

Dans le champ de forces présidant à l'édiction de la norme supérieure qui pose les organes non centraux, deux pôles d'agrégation opposés apparaissent, soit les collectivités sont perçues et conçues comme un moyen pour l'Etat - c'est à dire "une manière d'être de l'Etat" (M. HAURIOU)-, soit elles sont constitutives de l'Etat au même titre que les citoyens.

Ces pôles interagissent en fonction des données historiques, sociales et conjoncturelles, mais ainsi que le constate J.A. MAZERES, " la société libérale ... va systématiquement chercher à écarter toute reconnaissance juridique des notions de collectivité, de groupe ou de communauté ..." ⁽¹⁰¹¹⁾.

La personnalité morale des collectivités constitue la résultante de ces interférences et elle représente une négation - construction des collectivités ⁽¹⁰¹²⁾. Négation, parce que la norme supérieure reconnaît ou constate l'existence de collectivités ⁽¹⁰¹³⁾, présupposant ainsi leur inexistence antérieure dans la sphère du droit ⁽¹⁰¹⁴⁾; construction et non reconstruction, car il s'agit d'un objet différent, la personne morale "collectivité locale" dans laquelle subsiste des " traces indélébiles " ⁽¹⁰¹⁵⁾ de la collectivité historique. Cette construction établit "la collectivité locale" en lui assignant, un objet, un but, des moyens, en d'autres termes en définissant l'intérêt collectif dont **elle a la charge**.

Produit de l'Etat, la collectivité locale ne pouvait se voir reconnaître une faculté générale d'empêcher les organes centraux, sauf de façon exceptionnelle; ni voir reconnue l'autonomie de sa faculté de statuer dont l'existence peut être niée (ainsi pour les collectivités territoriales créées par la loi en France, ou pour les T.O.M., pour lesquels on verra, que le principe de spécialité législative ne fait pas obstacle à l'intervention du législateur métropolitain) ou

¹⁰¹¹.J.A. MAZERES Les collectivités locales et la représentation, R.D.P. 1990 p. 628

¹⁰¹².cf. S. REGOURD Décentralisation et démocratie, R.D.P. 1990 p. 979

¹⁰¹³.sur cette reconnaissance en France, cf. M. BOURJOL Dimension constitutionnelle des collectivités territoriales de la République, Fasc. 1, JURISCLASSEUR COLLECTIVITES LOCALES, J.A.MAZERES Les collectivités locales et la représentation, R.D.P. 1990, p. 612

¹⁰¹⁴." L'opposition ... entre l'Ordre communautaire et l'Ordre étatique " (p. 9) démontre l'inverse, cf. M. BOURJOL Les biens communaux, L.G.D.J.1989

¹⁰¹⁵.M. BOURJOL Les biens communaux, p. 194, L.G.D.J. 1989

contestée dans son autonomie (variation du régime de contrôle sur les actes des collectivités territoriales en France).

Enfin, ce phénomène de "parcellisation" de la décentralisation, ... est liée, en raison du "développement du capitalisme et (des) transformations entraînées par ses exigences objectives" ⁽¹⁰¹⁶⁾, aussi à la concurrence entre collectivités territoriales et collectivités "matérielles". En effet, l'une des conséquences de ce mouvement "a été justement l'affaiblissement progressif des institutions territoriales au profit des groupes de tous ordres de nature fonctionnelle" ⁽¹⁰¹⁷⁾, dont la décentralisation par services a pu rendre compte. Reposant sur la personnalité morale, cette décentralisation par services a exprimé clairement l'idée de la création par l'Etat des organes (parfois à caractère corporatif: les ordres professionnels par ex.) adaptés à sa situation économique et sociale, d'une façon conjoncturelle ou dans la durée (par ex. les ordres professionnels, les organismes consulaires). A ce titre, ce mouvement a été intéressant pour dépouiller la personnalité morale de son hypocrite couverture d'autonomie, puisque la personnalité morale dans le cadre de cette décentralisation par services n'a fait obstacle ni à la subordination personnelle des organes, ni à la maîtrise de la faculté de statuer de ces organes non centraux par des organes centraux ⁽¹⁰¹⁸⁾.

Cette parcellisation de la décentralisation ... apparaît en France, dont la situation passée et actuelle rend assez bien compte des rapports conflictuels de la notion de collectivité constitutive de l'ordre juridique et de celle d'organe d'une personne morale singulière: l'Etat. En effet, la France peut être "collectivité locale" et ensemble de collectivités.

¹⁰¹⁶.J.A. MAZERES Les collectivités locales et la représentation, R.D.P.1990, p. 637

¹⁰¹⁷.Ibid.

¹⁰¹⁸.Sur cette question, cf. notamment J.P. DUBOIS Le contrôle administratif sur les établissements publics, L.G.D.J. 1982

3^{ème} PARTIE

La pratique française de la division des facultés

La pratique française de la division des facultés va démontrer l'ambiguïté fondamentale du discours des organes centraux français (Parlement, Gouvernement, Président de la République), qui, confrontés à des regroupements interétatiques, se réfèrent à la notion de collectivité, au sens social du terme, pour réclamer une faculté d'empêcher les organes supra étatiques; et qui, dans le même temps, nient aux collectivités territoriales françaises cette même possibilité.

En effet la France, depuis la seconde guerre mondiale et particulièrement depuis les années cinquante est engagée dans un processus d'intégration en Europe (¹⁰¹⁹) et elle a tenté, avec l'expérience de la Communauté franco-africaine, une démarche fédéraliste. Or dans les deux cas, la France apparaît comme une "collectivité locale" dans la mesure où elle s'intègre dans un ordre juridique qui la dépasse et dont l'organisation n'est pas sans effet sur les facultés de statuer et d'empêcher de ses organes centraux (Chapitre I).

Parallèlement, au plan interne, l'organisation du pouvoir normatif a connu un certain nombre d'évolutions dont la plus flagrante est intervenue en 1982 à l'occasion d'un mouvement de déconcentration en matière réglementaire. Aujourd'hui la France présente une organisation interne du pouvoir normatif particulièrement originale, puisque l'on y recense de la déconcentration législative, de la décentralisation, de la déconcentration et de la déconcentration réglementaire (Chapitre II).

¹⁰¹⁹.Le traité C.E.C.A. a été signé à Paris le 18 avril 1951 et les traités C.E.E et C.E.E.A. à Rome le 25 mars 1957

Chapitre I) La France " collectivité locale "

Ce titre implique l'intégration de la France dans un ordre juridique dont la maîtrise lui échapperait. Il apparaît provocateur au regard de la vigueur de l'idéologie de la souveraineté nationale.

Cependant après la seconde guerre mondiale, lorsque les relations de la France avec ses anciennes colonies ont été évoquées, l'idée de "fédération" a été présente. Elle n'a pas été consacrée sous la IV^{ème} République (¹⁰²⁰), mais la V^{ème} République, tout en gommant le mot "fédération" (¹⁰²¹), va mettre en oeuvre l'idée.

La réflexion doit être nécessairement reprise puisque cette idée de " France, collectivité locale " a resurgi dans l'actualité à propos de l'Europe. Le référendum relatif à l'approbation de l'accord de Maastricht a fait jaillir une nouvelle fois le geyser de la souveraineté nationale.

L'organisation du pouvoir normatif dans la communauté franco-africaine et dans la communauté européenne se distingue car la première représente une décentralisation législative (Section I), alors que la seconde une déconcentration législative tendant vers la déconcentration législative (Section II).

Section I) La France " collectivité locale " dans la Communauté franco-africaine

Depuis la seconde guerre mondiale, la question du fédéralisme n'a pas été étrangère à certains choix de la France.

Ainsi, même si cette perspective n'apparaît pas clairement dans les débats constitutionnels en 1946 comme en 1958, elle ne pouvait en être absente. En effet la question du fédéralisme dans la constitution en discussion impliquait pour échapper à la logique coloniale, cette dimension.

¹⁰²⁰.sur la nature de l'Union Française, cf. L. ROLLAND et P. LAMPUE Droit d'outre-mer, p. 59 & s, DALLOZ 1959 et M. BOURJOL Réflexions sur le pouvoir d'Etat et le pouvoir local, contribution à l'étude du pouvoir réglementaire autonome, tome 1, p. 284 & s, Cours photocopié D.E.A. 1982-83, Faculté de droit de Tours

¹⁰²¹. Le titre XI de l'avant-projet utilisait le terme, qui a été supprimé dans le texte final.

Soit la République intégrait ses colonies, soit la République s'intégrait à un ensemble composé d'elle et de ses colonies. Le premier projet de constitution de 1946 dans le titre VIII consacré aux collectivités locales (¹⁰²²) avait opté pour la première branche de l'alternative, alors que la constitution de 1946 choisira la seconde possibilité sans grand succès, puisque l'Union française prévue par le titre VIII de la constitution " restera un cadre fédéral désespérément vide " (¹⁰²³). Les différents avant-projets de la constitution de 1958 à propos des relations avec les peuples des territoires d'outre-mer (¹⁰²⁴) mettront en avant aussi, la seconde branche de l'alternative. La constitution adoptée en est l'expression ambiguë.

La suppression du mot " fédération " dans les projets soumis à référendum les 13 Octobre 1946 et 28 Septembre 1958 est révélatrice des hésitations et réticences françaises mais aussi des représentants des peuples concernés. Néanmoins le titre XII de la constitution de 1958 autorise aujourd'hui encore la réflexion sur le sujet, puisqu'il institue un ordre juridique au sein d'une Communauté dans laquelle les Etats jouissent d'une autonomie normative.

Si finalement la question fédérale ne conduisait pas nécessairement à imaginer la France comme une simple collectivité locale, c'est parce que l'existence d'un ordre juridique communautaire donc distinct et autonome de celui de la République Française, qui n'en serait qu'une composante, a été contesté au regard tant du statut de cette Communauté que de son fonctionnement. Or l'examen ne permet pas d'écarter l'idée selon laquelle la Communauté mise en place par la Constitution de 1958, constitue un ordre juridique distinct de celui de la République Française dont le caractère hiérarchisé apparaîtra dans la possibilité pour les citoyens de se prévaloir de l'organisation du pouvoir normatif mise en place(I). Ce caractère hiérarchisé sera confirmée par une organisation du pouvoir normatif propre à celle d'un Etat fédéral (II).

I) Un ordre juridique communautaire contesté

¹⁰²².Art.112 du titre VIII du projet devenu art.114 du titre VIII du texte soumis à référendum le 5 Mai 1946

¹⁰²³.M. BOURJOL Réflexions sur le pouvoir d'Etat et le pouvoir local, Contribution à l'étude du pouvoir réglementaire autonome, p. 284, Cours dactylographié D.E.A. Droit public, Faculté de droit, TOURS, 1982-1983

¹⁰²⁴. Cf. M. MERLE La constitution et les problèmes d'Outre-Mer, p. 146 & s, R.F.S.P. 1959; cf. aussi Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la constitution du 4 Octobre 1958, 2 Tomes, LA DOCUMENTATION FRANÇAISE. Voir par exemple volume I p. 426, 439, 469, 491,514...

Cette contestation résulte de l'ambiguïté de la Constitution du 4 octobre 1958 (A) qui, pourtant en affirmant dans son article premier que " La République et les peuples des territoires d'Outre-Mer ... instituent une communauté ", avait objectivement fait de la République, un élément d'un ensemble qui la dépassait (B).

A) Les arguments de la contestation

S'agissant de déterminer si c'est la Communauté, qui intègre la République ou la République française qui reconnaît en son sein d'autres collectivités, il faut reconnaître que la Constitution autorise sinon organise une impression de flou (1). Ce clair-obscur renvoie, en effet, à l'idée d'intégration des Etats membres au sein de la République, sur le modèle de la tutelle en droit international (2).

1) Les piliers de la contestation

Trois arguments sont avancés en faveur de l'idée de la République organisant des collectivités en son sein. Le premier tient à l'origine de la Communauté, le deuxième à l'absence de reconnaissance internationale de la Communauté et le troisième, sans doute le moins dirimant, tient à l'identité de certains organes propres à la République et à la Communauté.

a) La contestation liée aux circonstances de la naissance

La Communauté est une création de la République Française, puisque c'est le titre XII de la constitution du 4 Octobre 1958 qui l'institue et qu'il s'agissait d'une proposition du gouvernement de la République (¹⁰²⁵).

La Communauté n'est pas une union d'Etats, cette proposition n'ayant pas été présentée à des Etats distincts de la République mais à des " peuples qui lui sont associés " et " les territoires dont les populations n'auraient pas approuvés la Constitution ne recevraient aucun des statuts définis par celle-ci et deviendraient, dès lors, des Etats indépendants " (¹⁰²⁶).

Par ailleurs, les lois organiques auxquelles le titre XII renvoie " ne seront nullement des lois fédérales, adoptées par les organes fédéraux, mais des lois françaises élaborées et décidées par les organes français ..." (¹⁰²⁷). En fait c'est par voie d'ordonnances prises sur le fondement de l'article 92 de la constitution que le gouvernement français a installé la Communauté.

b) L'absence de reconnaissance internationale de la Communauté

La Communauté apparaît comme "une manière d'être de la France" (¹⁰²⁸).

D'une part parce que les Etats membres à l'exception de la France, ne peuvent " accéder isolément aux relations internationales. En ce domaine, leur séparation de la République n'entraîne pas d'autres conséquences que de les placer en annexe de celle-ci, qui détient seule les compétences internationales pour elle et pour eux " (¹⁰²⁹).

¹⁰²⁵. La question posée aux électeurs le démontre: " Approuvez-vous la constitution qui vous est proposée par le gouvernement de la République ». Ordonnance 58-734 du 20 Août 1958 portant organisation du référendum J.O. 22 Août 1958

¹⁰²⁶. L. ROLLAND & P. LAMPUE Droit d'outre-mer, p. 417 & 418 DALLOZ 1959

¹⁰²⁷. F. BORELLA Le fédéralisme dans la constitution française du 5 Octobre 1958 A.F.D.I. 1958 p. 668

¹⁰²⁸. F. BORELLA L'évolution de la communauté A.F.D.I. 1959 p. 761

¹⁰²⁹. R. de LACHARRIERE L'évolution de la communauté franco-africaine, p. 14, A.F.D.I. 1960

D'autre part parce que " la communauté n'a point la personnalité étatique au regard du droit international "(¹⁰³⁰). Même si cette éventualité a été envisagée (¹⁰³¹), elle a été immédiatement écartée (¹⁰³²). C'est en fait l'unité de la communauté et de la République française qui a prévalu comme en atteste les décisions qui sont prises au nom " de la République française et de la Communauté "(¹⁰³³).

Dès lors le transfert à la Communauté des " signes extérieurs de la souveraineté (drapeau, hymne national, devise) qui appartenaient jusque là à la République Française "(¹⁰³⁴) n'apparaît pas de nature à éliminer ce "péché originel".

c) L'identité institutionnelle, facteur de la confusion Communauté - République

Les organes mis en place dans la Communauté sont fréquemment des organes de la République, qui se trouvent ainsi aux deux extrémités du fonctionnement de la Communauté.

Ainsi, la présidence de la Communauté détenue par le Président de la République accentuait l'intégration de la Communauté dans la République et n'était que faiblement pondérée par les conditions de désignation du Président de la République. En effet l'article 6 initial de la constitution de 1958 associait les Etats-membres à l'élection du Président de la République (¹⁰³⁵) mais de façon tout à fait marginale, puisque, lors de la première élection du Président de la République du 21 Décembre 1958, les Etats-membres représentaient 4,4 % du collège électoral (¹⁰³⁶).

¹⁰³⁰.Ibid. 767

¹⁰³¹.F. DUMON La communauté franco – afro - malgache p .27 Université libre de Bruxelles 1960; et XXX Les pays d'outre-mer de la République française, la communauté et les accords d'association, R.J.P.O.M. 1959 p. 346

¹⁰³².XXX précité p. 347 et R. de LACHARRIERE L'évolution de la communauté franco-africaine A.F.D.I. 1960 p. 14

¹⁰³³.Par ex. Décisions du Président de la Communauté en matière de:
- nationalité du 9/2/1959 J.O.R.F.17/2/59 p. 2052
- politique étrangère du 9/2/1959 J.O.R.F. 17/2/59 p. 2051

¹⁰³⁴.R. MERLE La constitution et les problèmes d'Outre-Mer, p. 155, R.F.S.P. 1959

¹⁰³⁵.Cet article disposait: " La participation des Etats-membres de la Communauté au collège électoral du Président de la République est fixé par accord entre la République et les Etats-membres de la communauté ".

¹⁰³⁶.F. LUCHAIRE & G. CONAC La constitution de la République Française, p. 919 ECONOMICA 1980

La prééminence du Président de la Communauté, donc du Président de la République, dans l'édition des normes communautaires et la gestion des affaires communautaires par "les ministres français des affaires correspondantes"⁽¹⁰³⁷⁾ montraient que la Communauté était soumise " presque entièrement à une direction unique "⁽¹⁰³⁸⁾, celle du Président de la République.

Enfin cette intégration de la Communauté dans la République apparaît au plan juridictionnel puisque le contrôle des décisions de justice rendues dans les Etats-membres "s'exerce par la voie du recours en cassation soit devant le Conseil d'Etat, soit devant la Cour de cassation"⁽¹⁰³⁹⁾ et le contentieux administratif de la Communauté relève du Conseil d'Etat français ⁽¹⁰⁴⁰⁾.

2) Des piliers soutenant la confusion avec la tutelle internationale

Ces éléments font inévitablement penser au régime des territoires sous tutelle institué par les articles 75 et suivants de la Charte des Nations Unies et plus précisément au mandat auquel elle a été substituée.

Le régime de tutelle a remplacé celui du mandat institué par les articles 22 et suivants du Pacte de la S.D.N. au sein duquel on distinguait les mandats A concernant les pays les plus évolués pour lesquels " le Pacte précisait le but final ...: l'indépendance "⁽¹⁰⁴¹⁾ et les mandats B et C qui " ne concernaient pas, comme les premiers, des nations destinées à être organisées en Etat "⁽¹⁰⁴²⁾ et que le mandataire administrait comme "partie intégrante de son territoire"⁽¹⁰⁴³⁾.

¹⁰³⁷.F. BORELLA L'évolution de la communauté, A.F.D.I.1959 p. 765

¹⁰³⁸.R. de LACHARRIERE L'évolution de la communauté franco-africaine, A.F.D.I.1960, p. 16

¹⁰³⁹.Art.4 Décision du Président de la Communauté du 12/6/1959 relative aux conditions générales d'exercice du contrôle de la justice, J.O. 21 Juin 1959 p. 6405

¹⁰⁴⁰.Art.1 Ordonnance 59-419 du 10/3/59 relative au contentieux administratif de la Communauté J.O. 15/3/1959 p. 6405

¹⁰⁴¹.P. REUTER Institutions internationales, p. 39 P.U.F. 1969

¹⁰⁴².L. ROLLAND & P. LAMPUE Droit d'outre-mer, p. 79-80 DALLOZ 3ème éd.1959

Si au vu de son évolution la Communauté s'apparente au régime du mandat A et donc du régime de tutelle institué par la Charte des Nations Unies qui avait pour objet de " faire accéder les territoires sous tutelle à la qualité d'Etat souverain et indépendant "(¹⁰⁴⁴); lors de son institution elle s'en démarquait fondamentalement puisque appartenance à la Communauté et indépendance s'excluaient mutuellement (¹⁰⁴⁵). Par contre la Communauté présente une certaine parenté avec le mandat B.

L'examen du régime des territoires du TOGO et du CAMEROUN (anciennement sous mandat français de type B) institué par les accords de tutelle établis par la France et approuvés par l'Assemblée générale des Nations unies le 13 Décembre 1946 révèle une identité avec celui posé pour la Communauté par la Constitution de 1958.

En effet, en vertu de ces accords de tutelle, la France était "responsable de la paix, du bon ordre, de la bonne administration et de la défense du territoire "(¹⁰⁴⁶). Ceci correspond à l'essentiel de la compétence communautaire déterminée à l'article 78 de la Constitution de 1958. En outre, en vertu de ces accords, la France avait "pleins pouvoirs de législation, d'administration et de juridiction sur le territoire et sous réserve des dispositions de la Charte et du présent accord, l'administration selon la législation française comme partie intégrante du territoire français "(¹⁰⁴⁷). La constitution de 1958 en **organisant la communauté** n'a fait, semble-t-il, qu'administrer **selon la législation de la République** des territoires appelés pour la circonstance "Etats-membres" qui ne seront pas reconnus au plan international.

¹⁰⁴³.P. REUTER Institutions internationales, p. 39 P.U.F. 1969

¹⁰⁴⁴.N'GUYEN QUOC DINH Droit international public, p. 381 L.G.D.J. 1975

¹⁰⁴⁵.R. de LACHARRIERE L'évolution de la communauté franco-africaine, A.F.D.I. 1960, p. 12 & M. MERLE La constitution et les problèmes d'outre-mer R.F.S.P. 1959, p. 148

¹⁰⁴⁶.Art.3 des accords approuvés par l'Assemblée générale de l'O.N.U. le 13 Décembre 1966 cité par L. ROLLAND et P. LAMPUE Droit d'outre-mer, p. 85 DALLOZ 1959

¹⁰⁴⁷.Art.4 des accords approuvés par l'Assemblée générale de l'O.N.U. le 13 Décembre 1966, cf. l'ouvrage de L. ROLLAND et P. LAMPUE précité

Enfin à la différence du régime du mandat ou de celui de la tutelle, les compétences du Président de la République en matière communautaire ne découlent plus des dispositions constitutionnelles " concernant la ratification des traités "(¹⁰⁴⁸) mais des dispositions organisant les pouvoirs publics français et donc étrangères au droit international, faisant de lui un monarque dont le royaume était la Communauté (¹⁰⁴⁹).

A partir de ces éléments on peut être tenté de nier l'existence d'un ordre juridique communautaire et de dire que la constitution de 1958 met en place l'ordre juridique de la République Française comprenant le titre XII de la constitution.

Cependant les éléments favorables à la reconnaissance d'un ordre juridique communautaire sont plus déterminants car ils transcendent objectivement les "impuretés" relevées dans la mise en place de la communauté.

B) Les éléments de la reconnaissance d'un ordre juridique communautaire hiérarchisé

Le dépassement du défaut originel, se manifestera par l'institution d'un ordre juridique communautaire dont le caractère hiérarchisé apparaîtra avec le caractère "justificatif" du titre XII dans la reconnaissance en qualité de normes des actes pris par certains organes et dans la possibilité pour les citoyens communautaires, de se prévaloir de ce système de justification.

L'ordre juridique se définit, on l'a écrit, comme " un système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité à toutes a le même fondement: et le fondement de la validité d'un ordre normatif est, ..., une norme fondamentale de laquelle se déduit la validité de toutes les normes appartenant à cet ordre "(¹⁰⁵⁰).

¹⁰⁴⁸.Conclusions ETTORI et note CH. ROUSSEAU sous C.E.3/7/1931 Karl & Toto Same, SIREY 1931, III, p. 129 & conclusions HEUMANN sous C.E. 12/7/1956 Sieurs M'PAYE, N'GOM et MOUMIE , R.J.P.U.F. 1956 p. 809

¹⁰⁴⁹.M. BOURJOL évoque la communauté comme le " "royaume arabe" retrouvé " rappelant ainsi le propos de Napoléon III qui affirmait " L'Algérie n'est pas une colonie proprement dite... mais un Royaume Arabe.... Je suis aussi bien l'Empereur des arabes que l'Empereur des français ". Réflexions sur le pouvoir d'Etat et le pouvoir local, contribution à l'étude du pouvoir réglementaire autonome, cours photocopié, D.E.A. Droit public, Tome I, p. 296 Faculté de Droit et des Sciences économiques de Tours, 1982-83

¹⁰⁵⁰.H. KELSEN Théorie pure du droit, p. 43 DALLOZ 1962

Dans ma première partie, j'ai affirmé en outre, que l'existence d'un ordre juridique hiérarchisé, lieu où se pose la question de la centralisation - décentralisation, était liée à la possibilité pour les destinataires des normes de se prévaloir de l'organisation du pouvoir normatif mise en place par la norme fondamentale et celles prises par application. A cet égard, la Communauté répond imparfaitement à cette exigence, mais elle ne se distingue pas en cela de la France elle-même.

On peut donc affirmer, que le titre XII de la Constitution (norme fondamentale au sens de H. KELSEN) met en place un ordre juridique hiérarchisé distinct de l'ordre juridique français, en ce que d'une part, il organise la production de normes (qu'il établit un système de justification selon M. TROPER) en attribuant des facultés de statuer et d'empêcher à des organes centraux, c'est à dire à compétence illimitée donc ici communautaires, et d'autre part, il reconnaît aux citoyens de la communauté la possibilité de se prévaloir de cette organisation.

1) L'attribution des facultés

Il faut qu'existe au moins un organe doté d'une faculté de statuer "communautaire" et un organe détenant une faculté d'empêcher "communautaire".

a) La faculté de statuer

Deux organes centraux disposent d'une faculté de statuer en matière législative communautaire; une que l'on peut qualifier d'"ordinaire" dont dispose le Président de la Communauté et l'autre d'"exceptionnelle" détenue par le Sénat de la Communauté sur délégation des Assemblées des Etats-membres.

Le Président de la Communauté dispose seul de la faculté ordinaire de statuer ⁽¹⁰⁵¹⁾. Ceci résulte des dispositions de l'article 5 de l'ordonnance 58-1254 du 19 Décembre 1958 ⁽¹⁰⁵²⁾ selon lesquelles le Président de la Communauté " formule et notifie les mesures nécessaires à

¹⁰⁵¹.L'évolution de la Communauté semble avoir fait naître au profit du Conseil Exécutif " un réel pouvoir de décision, nonobstant les textes ". F.BORELLA L'évolution de la communauté, A.F.D.I. 1959 p. 776

¹⁰⁵².Ordonnance 58-1254 du 19/12/1958 J.O.20/12/1958 p. 11454

la direction des affaires communes et veille à leur exécution ". Cette prérogative présidentielle peut surprendre puisque selon l'article 80 de la Constitution, le Président de la Communauté n'est pas un organe de celle-ci. Cependant ses prérogatives constitutionnelles au sein et sur le Conseil exécutif effacent cette apparence trompeuse, que l'ordonnance précitée a balayée avec une autorité incontestable, puisque prise en vertu de l'article 92 de la constitution.

La compétence du Président est relative, selon l'article 78 alinéa premier à "la politique étrangère, la défense, la monnaie, la politique économique et financière commune, ainsi que la politique des matières premières stratégiques" et selon l'alinéa 2 s'y ajoute, "sauf accord particulier, le contrôle de la justice, l'enseignement supérieur, l'organisation générale des transports extérieurs et communs et des télécommunications".

Le Président de la Communauté n'est pas " proche d'un président en régime présidentiel "⁽¹⁰⁵³⁾ comme on a pu l'écrire, puisqu'il détient le législatif et l'exécutif communautaire, et l'administration lui revient aussi, comme on le verra.

Le Sénat de la Communauté peut aussi exercer un pouvoir de décision communautaire mais uniquement sur délégation des Parlements nationaux ⁽¹⁰⁵⁴⁾.

En matière réglementaire, la faculté de statuer que l'article 82 de la constitution semblait attribuer au Conseil exécutif en lui conférant l'organisation de " la coopération des membres de la Communauté sur le plan gouvernemental et administratif " est revenue en fait au Président de la Communauté qui préside le Conseil exécutif. En effet l'ordonnance relative au Conseil exécutif de la Communauté dispose dans son article 5 que le Président "formule et notifie les mesures nécessaires à la direction des affaires communes et veille à leur exécution"⁽¹⁰⁵⁵⁾. Il résulte de cela que le Conseil exécutif "est appelé à débattre", et le Président "à trancher et en outre, à diriger l'exécution "⁽¹⁰⁵⁶⁾.

¹⁰⁵³. F. BORELLA Le fédéralisme dans la constitution française de 1958, p. 671, A.F.D.I. 1958

¹⁰⁵⁴. Art.83 de la Constitution de 1958 et 20 de l'ordonnance 58-1255 du 19/12/1958 portant loi organique du Sénat de la Communauté J.O.20/12/1958 p. 11455

¹⁰⁵⁵. Ord.58-1254 du 19/12/1958 J.O.20/12/1958

¹⁰⁵⁶. R. de LACHARRIERE L'évolution de la communauté franco-africaine, p. 18, A.F.D.I.1960

Le dédoublement fonctionnel du Président de la République constitue une originalité suspecte mais ne nie pas le fait qu'aucun organe de la République ne dispose à ce titre d'une faculté de statuer illimitée, c'est à dire valable pour l'ensemble de la Communauté.

En conclusion, le titre XII constitue la norme fondamentale, au sens de H. KELSEN, fondant la validité des facultés de statuer dans l'espace communautaire, en ce qu'il pose les organes, les procédures et une étendue matérielle de la compétence personnelle des organes communautaires. En effet toute faculté de statuer dans l'espace communautaire sera déterminée par celle reconnue par le titre XII aux organes qu'il institue. Cependant l'existence d'un ordre juridique communautaire repose aussi sur des organes dotés d'une faculté d'empêcher dans l'espace communautaire.

b) La faculté d'empêcher

L'élément le plus important dans la question de l'existence de l'ordre juridique communautaire, a trait à la compétence ou l'incompétence des juridictions de la République pour exercer cette faculté d'empêcher.

Selon une jurisprudence établie les juridictions françaises ne sont pas compétentes pour connaître des litiges extérieurs à l'ordre juridique qu'elles dominent ⁽¹⁰⁵⁷⁾. Or, en matière administrative le Conseil d'Etat a fait application de ce principe, aux décisions administratives des Etats membres ⁽¹⁰⁵⁸⁾.

Par ailleurs, l'institution de la Cour Arbitrale chargée de résoudre les conflits survenus entre Etats-membres à partir notamment des dispositions constitutionnelles **concernant la Communauté**, des lois organiques prises pour l'application du titre XII, des accords de

¹⁰⁵⁷. sur cette question et en matière administrative voir J.M. AUBY et R. DRAGO Traité de contentieux administratif, tome 1, p. 74 & s L.G.D.J. 1984, concernant les Etats sous mandat cf. C.E. CAUSSEGUE & COT, S.1930, III, p. 7 et C.E. Karl et Toto SAME S.1931, III, p. 129; en matière civile cf. H. BATIFFOL & P. LAGARDE Droit international privé 1981

¹⁰⁵⁸. C.E. 16/6/1961 Alibay Banjee R.D.P. 1961 p. 1106, C.E. 17/1/1962 Société frigorifique des produits des éleveurs tchadiens R.D.P. 1962, p. 777

communauté et autres conventions passées entre Etats-membres, manifeste l'incompétence des juridictions de la République pour connaître de ces litiges.

L'institution d'un juge administratif communautaire organisée par l'ordonnance 59-419 du 10 Mars 1959 (¹⁰⁵⁹) traduit aussi le principe de l'incompétence des juridictions de la République. En outre l'ordonnance envisageait à son article 3, d'apporter "éventuellement dans la composition et dans l'organisation" de celui-ci les modifications nécessaires.

Sauf décision expresse contraire émanant d'un organe de l'ordre communautaire les juridictions de la République sont incompétentes en matière communautaire, comme le démontre enfin la décision du Président de la Communauté du 12 Juin 1959 attribuant le contrôle par la voie de la cassation des décisions de justice rendues dans les Etats membres, au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation.

En conséquence, il existe bien une faculté d'empêcher communautaire, qui selon les questions relève d'organes communautaires différents. Il faut, en outre que les citoyens communautaires puissent se prévaloir de l'organisation du pouvoir normatif communautaire.

¹⁰⁵⁹.Ordonnance 59-419 du 10/3/1959 relative au contentieux administratif de la Communauté J.O. 15/3/1959 p 3154

2) Le droit des citoyens communautaires de se prévaloir de l'organisation du pouvoir normatif

Cette exigence, fondement de l'Etat de droit, n'est que partiellement satisfaite dans la Communauté puisque seuls les actes administratifs communautaires peuvent être contestés directement par les citoyens communautaires.

L'ordonnance 59-419 du 10 mars 1959 relative au contentieux administratif de la Communauté attribue, on l'a dit, au Conseil d'Etat de la République statuant en matière communautaire, la connaissance du contentieux administratif de la Communauté. En application de l'article 2 de l'ordonnance, les Etats membres et toutes les personnes peuvent saisir le Conseil d'une requête.

Cette situation ne se trouve pas en matière législative puisque la Cour arbitrale qui, a priori, pouvait intervenir en cette matière, ne peut être saisie par les particuliers. En effet, l'ordonnance 58-1264 du 19 décembre 1958 dispose à son article 20 que "la Cour arbitrale est saisie par voie de requête présentée, soit par un Etat de la Communauté, soit au nom de la Communauté", c'est à dire par le Président de la Communauté.

Cependant cette exclusion n'apparaît pas dirimante dans la mesure où dans chaque Etat les particuliers peuvent saisir un juge à l'occasion de l'application qui leur serait faite de la "législation communautaire" et en dernière analyse ce juge est soit la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat de la République statuant en qualité d'organes communautaires. Ces hautes juridictions sont composées alors de façon spéciale, ainsi qu'en avait décidé la décision du Président de la Communauté relative aux conditions générales d'exercice du contrôle de la justice en date du 12 juin 1959 (¹⁰⁶⁰).

En fait l'exclusion de la saisine de la Cour arbitrale par les particuliers est à la Communauté, l'équivalent de l'exclusion des particuliers de la barre du Conseil Constitutionnel en France; c'est à dire l'expression de la présomption de perfection de la volonté générale exprimée par le

¹⁰⁶⁰.Art.4, 2ème alinéa de la décision relative aux conditions générales d'exercice du contrôle de la justice. Cf. p. 173 de l'ouvrage de F. DUMON La communauté franco – afro - malgache précité

législateur. Or cette perfection est aujourd'hui sérieusement remise en cause par le développement de l'activité du Conseil Constitutionnel.

Chacun sait cependant que la République française établissait par cette même constitution un ordre juridique qui lui était propre et que les peuples d'outre mer en feront autant en se dotant de constitutions (¹⁰⁶¹). Quelle place tiennent ces ordres juridiques nationaux dans l'ordre juridique communautaire? En d'autres termes, comment s'intègrent-ils à l'ordre juridique communautaire?

On verra que cet ordre juridique communautaire est de caractère fédéral.

II) Une Communauté quasi fédérale

L'existence de cette fédération suppose l'institution d'une faculté de statuer et d'une faculté d'empêcher au plan communautaire d'une part et l'existence au profit des Etats membres, d'une faculté de statuer non subordonnée à celle détenue par les organes communautaires centraux et d'une faculté d'empêcher ces organes, d'autre part.

On a déjà évoqué la faculté de statuer des organes communautaires centraux, il reste à examiner celle des Etats membres et à rapprocher les deux (I). L'étude des facultés d'empêcher, permettra d'affirmer que la Communauté constitue un ordre juridique hiérarchisé de type fédéral (II).

Sous - paragraphe I) La faculté de statuer des Etats membres

Les Etats-membres reçoivent une faculté de statuer en vertu de l'article 77 de la constitution qui, reconnaissant leur autonomie dispose, qu'"ils s'administrent eux-mêmes et gèrent démocratiquement et librement leurs propres affaires".

¹⁰⁶¹. le Mali le 17/1/1959, le Soudan le 23/1/1959, le Sénégal le 24/1/1959, la République Centrafricaine le 9/2/1959, le Dahomey le 15/2/1959, le Gabon et le Congo le 20/2/1959, la Haute Volta le 28/2/1959, le Niger le 12/3/1959, la Mauritanie le 22/3/1959, la Côte d'Ivoire le 26/3/1959, le Tchad le 31/3/1959 et Madagascar le 29/4/1959; cf. P.F. GONIDEC Constitutions des Etats de la Communauté, p. 6, SIREY 1959

La question se pose alors de savoir si ces différentes facultés de statuer interviennent au même niveau hiérarchique que celle des organes de la Communauté dotés d'une faculté de statuer en matière législative?

Il apparaît que les Etats membres disposent d'une faculté de statuer en matière législative qui n'est pas subordonnée à celle détenue par le Président de la Communauté.

1) L'intervention des Etats membres et des organes communautaires dans le domaine législatif

Pour que la Communauté soit une fédération, il faut que ces normes interviennent dans des matières ne relevant pas du juge administratif communautaire soit directement, soit par la voie de la cassation.

A) La capacité législative des Etats membres

Concernant les facultés de statuer locales, on constate que le Conseil d'Etat français, dont on a dit qu'il était à la fois juge du contentieux administratif communautaire et juge de cassation des décisions rendues par les juridictions locales, s'est reconnu incompétent pour juger de la légalité de la loi constitutionnelle adoptée par l'Assemblée législative du Gabon le 12 Février 1959 (¹⁰⁶²) au motif "qu'en vertu des dispositions combinées des alinéas premiers des articles 77 et 79 de la même constitution, ces Etats "jouissent de l'autonomie" dès qu'ils ont exercé le choix prévu à l'art.76; qu'il résulte de ces dispositions que les décisions prises par les autorités de ces Etats après la délibération de leur Assemblée territoriale les ayant transformés en Etats membres de la Communauté et les ayant, par suite, rendus autonomes ne sont pas au nombre de celles dont il appartient au Conseil d'Etat de connaître;...".

Ceci implique que la norme en question n'était pas une norme administrative communautaire, ni une norme administrative d'un Etat membre que le Conseil d'Etat aurait pu connaître par la

¹⁰⁶².C.E.18/11/1959 BERRE R.A. 1960 p. 167

voie de cassation (¹⁰⁶³). Il s'agissait donc d'une norme dont l'examen relevait le cas échéant, de la Cour arbitrale.

Par ailleurs le Conseil d'Etat s'est reconnu incompétent pour connaître **directement** d'un recours formé contre le décret de convocation du collège électoral en vue de procéder à l'élection des députés à l'Assemblée législative centrafricaine (¹⁰⁶⁴).

Ces décisions permettent de distinguer deux facultés de statuer des Etats-membres, celle relevant par voie de cassation du Conseil d'Etat que l'on qualifiera de réglementaire et celle relevant de la Cour arbitrale que l'on qualifiera de législative et qui se situe au même niveau que certaines décisions présidentielles.

B) La capacité législative du Président de la Communauté

Concernant les décisions du Président de la Communauté, la doctrine est pour le moins incertaine puisqu'elle constate que ce pouvoir " tend à conférer au président un pouvoir législatif, au sens matériel du mot, en tout cas un pouvoir normatif " (¹⁰⁶⁵) ou qu'il " peut s'exprimer, semble-t-il, aussi bien par la voie législative que par la voie réglementaire"(¹⁰⁶⁶).

A ma connaissance, le Conseil d'Etat, juge administratif communautaire, n'a pas eu l'occasion de statuer sur une décision présidentielle et donc de déterminer si ces décisions avaient une nature unique ou au contraire si elles pouvaient être tantôt législatives, tantôt réglementaires.

La réflexion sur la nature des décisions prises par le Président de la Communauté doit prendre en compte la situation antérieure à 1958.

¹⁰⁶³.Le C.E. n'était pas compétent pour connaître directement des recours pour excès de pouvoir formés contre les décisions des autorités administratives d'un Etat membre sauf accord passé entre ledit Etat et la République française C.E. 16/6/1961 KOTALIMBORA R.D.P. 1961 p. 1107

¹⁰⁶⁴.C.E. 16/6/1961 KOTALIMBORA R.D.P. 1961 p. 1107

¹⁰⁶⁵.XXX Les pays d'outre-mer de la République française, la communauté et les accords d'association, R.J.P.O.M. 1959 p. 363

¹⁰⁶⁶.M. MERLE La constitution et les problèmes d'Outre-mer, R.F.S.P.1959 p. 156

L'article 72 de la constitution de 1946 prévoyait l'intervention du Président de la République soit pour étendre l'application d'une loi française ⁽¹⁰⁶⁷⁾ soit pour poser des dispositions particulières. Dans ces deux cas, il s'agissait d'un pouvoir autonome du Président de la République, c'est à dire que son intervention ne se produisait pas " sur la base d'une loi " ⁽¹⁰⁶⁸⁾ à l'instar de ce que l'on trouve dans les dispositions de l'article 5 de l'ordonnance organique du 19 Décembre 1958 relative au Conseil Exécutif.

Le Conseil d'Etat dans un avis du 13 Août 1947 a considéré " que les décrets pris par application des alinéas 2 et 3 de l'article 72 de la Constitution émanent d'une autorité administrative; qu'ainsi, quelle que soit la matière sur laquelle ils portent, le recours pour excès de pouvoir peut être formé contre eux " ⁽¹⁰⁶⁹⁾. Or cette conclusion du Conseil d'Etat n'était pas évidente dans la mesure où concernant l'alinéa 3 de l'article 72, il était précisé que les dispositions particulières visées étaient édictées " par dérogation à l'art.13 ...ainsi rédigé: "L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit" ⁽¹⁰⁷⁰⁾.

En tout état de cause, cet avis ne peut pas être appliqué en matière communautaire car on a vu précédemment que les institutions des Etats-membres n'étaient pas des autorités administratives de la Communauté, il serait surprenant que le Président de la Communauté soit considéré comme une autorité administrative de celle-ci et qu'en cette qualité ces décisions relèvent du Conseil d'Etat, juge du contentieux administratif communautaire.

Par ailleurs, l'avis du Conseil d'Etat de 1947 doit être replacé dans son contexte, c'est à dire celui de décisions prises par le Président de la République française dans l'ordre juridique français; alors qu'en 1958 nous sommes dans l'hypothèse de décisions prises par le Président de la Communauté dans l'ordre juridique communautaire.

¹⁰⁶⁷.L. ROLLAND & P. LAMPUE considéraient que malgré le silence de l'alinéa 2 de l'article 72 de la constitution, l'autorité titulaire du pouvoir d'extension était le Président de la République, Droit d'outre-mer p. 146 DALLOZ 1959

¹⁰⁶⁸.Ibid p. 147

¹⁰⁶⁹. C.E. Avis du 13 Août 1947 p. 64 Annexe 9 de l'étude de C. CHAVANON Les problèmes de l'Union française dans les avis du Conseil d'Etat, Etudes et documents du Conseil d'Etat 1956

¹⁰⁷⁰.L. ROLLAND et P. LAMPUE Droit d'outre-mer, p. 148 DALLOZ 1959

On peut penser que l'article 5 de l'ordonnance 58-1254 du 19 Décembre opère au profit du Président de la Communauté une confusion du pouvoir normatif central dont l'exercice ne serait a priori soumis à aucun contrôle de " constitutionnalité communautaire ". On peut suggérer toutefois que la Cour Arbitrale aurait pu être appelée à apprécier une décision du Président de la Communauté et à cette occasion elle aurait pu appliquer la jurisprudence mise en place à l'occasion de l'application en France de l'article 16 de la Constitution (¹⁰⁷¹), et distinguer en l'espèce les matières relevant du domaine soumis à sa juridiction, de celles relevant du juge administratif communautaire.

On peut donc considérer que le titre XII partage la faculté de statuer en matière législative entre le Président de la Communauté et les Etats membres. Cette partition s'effectue sans que la faculté centrale subordonne la faculté locale.

II) L'absence de subordination de la faculté de statuer des Etats membres à celle du Président de la Communauté

Le Président ne dispose ni de l'autorité hiérarchique sur les organes des Etats membres, ni de la possibilité de se substituer à eux.

Pour la doctrine, le titre XII et particulièrement l'article 77 de la constitution, reconnaît aux Etats membres "l'autonomie interne ... (qui) implique en particulier le droit pour un Etat de se donner une constitution"(¹⁰⁷²).

En conséquence tant au plan organique que matériel, chaque Etat de la Communauté dispose d'une totale liberté dans la cadre délimité par le titre XII et les ordonnances organiques.

Ainsi chaque Etat désigne comme il l'entend ses gouvernants sans que le Président puisse revendiquer une autorité hiérarchique sur eux, ni directement, ni indirectement par l'intermédiaire de ses représentants dans chaque Etat membre.

¹⁰⁷¹. C.E.2/3/1962 Rubin de Servens G.A.J.A. p. 598 SIREY 1990

¹⁰⁷².P.F. GONIDEC Constitutions des Etats de la Communauté, p. 6, SIREY 1959

Par ailleurs, chaque Etat membre exerce librement sa faculté de statuer pour établir son "ordre juridique particulier, sous la seule réserve des matières entrant dans la compétence de la Communauté "⁽¹⁰⁷³⁾.

Aucune autorité communautaire ne dispose de la faculté de statuer reconnue aux Etats membres, qui ne peuvent voir ainsi une autorité communautaire se substituer à leurs propres organes, soit pour pallier une carence, soit pour corriger une décision d'un Etat membre qui, par exemple, aurait enfreint les limites de sa compétence. Ceci explique que les constitutions des Etats membres aient pu faire "allusion aux traités internationaux" alors que "c'est ... à la communauté qu'appartient la compétence internationale "⁽¹⁰⁷⁴⁾.

L'autonomie des Etats membres est dès lors uniquement soumise aux facultés d'empêcher reconnues à la Cour arbitrale et au Conseil d'Etat, organes communautaires.

Sous - paragraphe II) Les facultés d'empêcher dans la communauté

L'unité de l'ordre juridique communautaire doit être assurée par un organe chargé d'une faculté d'empêcher s'exerçant sur les facultés de statuer susceptibles d'exister au plan local (I) mais le caractère fédéral est assuré par une faculté d'empêcher exceptionnelle reconnue aux Etats membres (II).

I) La faculté d'empêcher communautaire

La Communauté a mis en place deux organes centraux qui, directement, disposent d'une faculté d'empêcher. Par ailleurs, dans le cadre du recours en cassation, soit devant le Conseil d'Etat, soit devant la Cour de Cassation, les particuliers pouvaient obtenir l'inapplication de la norme communautaire illégale. Seuls les recours directs, ayant un effet erga omnes, seront étudiés ici.

¹⁰⁷³.L. ROLLAND et P. LAMPUE Droit d'outre-mer, p. 421, DALLOZ, 1959

¹⁰⁷⁴.F. DUMON La communauté franco – afro - malgache, p. 113, Université libre de Bruxelles, 1960. Concernant la France, le terme "allusion" est un euphémisme.

En matière législative, la Cour Arbitrale apparaît comme l'unique organe susceptible d'intervenir. On notera que la Cour ne détient pas une faculté de statuer mais par contre elle peut ordonner un sursis à l'exécution ⁽¹⁰⁷⁵⁾, ce qui signifie qu'elle n'intervient qu'a posteriori.

L'appréciation de son rôle ne peut être que relatif puisqu'elle " ne rendit aucun arrêt et ne donna, semble-t-il aucun avis " ⁽¹⁰⁷⁶⁾.

L'article 84 de la Constitution la créant lui donne compétence pour statuer " sur les litiges survenus entre les membres de la Communauté ".

Il semble lui échapper le contentieux entre la communauté et les Etats-membres. Cependant l'article 1er de l'ordonnance 59-1256 du 19/12/1956 portant loi organique sur la Cour Arbitrale de la Communauté disposant que " ces litiges portent sur l'interprétation ou l'application des règles de droit s'imposant aux Etats-membres de la Communauté " au nombre desquelles l'on compte notamment " les dispositions constitutionnelles concernant la Communauté " et les lois organiques prises pour l'application de ces dispositions ", il apparaît que la Cour Arbitrale est appelée à régler les rapports entre les Etats-membres et la Communauté dans la mesure où le non-respect par l'un d'eux de ces dispositions préjudiciera à l'un au moins des autres membres. Or comme la saisine de la Cour Arbitrale peut résulter soit d'une requête émanant d'un Etat-membre, soit d'une requête présentée au nom de la Communauté, l'on voit bien qu'"elle remplira une mission fédérale " ⁽¹⁰⁷⁷⁾ du fait des modalités de sa saisine.

Ses prérogatives sont importantes puisque l'article 3 de l'ordonnance lui donne plénitude de juridiction et donc la possibilité d'annuler une décision non conforme à la légalité communautaire et ceci est réaffirmé par la portée rétroactive de ces décisions comme le

¹⁰⁷⁵.Art. 20 de l'ordonnance 58-1264 du 19 décembre 1958 relative à la Cour arbitrale

¹⁰⁷⁶.J.P. MASSERON Le pouvoir et la justice en Afrique noire francophone et à Madagascar, p. 28 PEDONE 1966

¹⁰⁷⁷.F. DUMON La Communauté franco - afro - malgache, p. 53 Université libre de Bruxelles 1960; F.BORELLA considère que " la compétence de la Cour l'apparente de fort près à une Cour suprême fédérale " Le fédéralisme dans la Constitution du 5 Octobre 1958 A.F.D.I. 1958 p. 674; XXX considère " que la Cour arbitrale ne peut jouer le rôle de régulateur des compétences entre la Communauté et ses membres, rôle qui est normalement celui des juridictions fédérales suprêmes".R.J.P.O.M.1959 p. 513

montre l'alinéa 2 de cet article qui lui donne "le pouvoir de rétablir les situations juridiques dont elle aura constaté la violation".

Les actes sur lesquels porte son contrôle sont déterminés a contrario par la compétence reconnue au Conseil d'Etat, juge administratif communautaire. En effet l'ordonnance organique qui fixe la compétence du Conseil d'Etat, exclut de celle-ci les "recours entrant dans la compétence de la Cour arbitrale".

En conséquence la Cour ne peut être saisie que d'actes non réglementaires, que je qualifie de législatifs, d'une part et d'actes émanant exclusivement des Etats-membres en vertu des dispositions de l'article 84 de la constitution. Seuls, donc, les organes non centraux font l'objet du contrôle de la Cour Arbitrale et ainsi les décisions présidentielles sont hors de sa compétence. Ceci n'empêche pas la reconnaissance du caractère fédéral car on trouve cela en Suisse, pays du "vrai fédéralisme" ⁽¹⁰⁷⁸⁾ où seuls les actes cantonaux sont contrôlés.

Cependant cette absence de contrôle des décisions présidentielles deviendrait critiquable si les décisions présidentielles faisaient partie du bloc de légalité communautaire ⁽¹⁰⁷⁹⁾. Pour l'auteur anonyme de la revue de l'outre-mer l'absence de caractère limitatif de la liste des règles de droit s'imposant aux Etats-membres résultant de l'ordonnance relative à la Cour Arbitrale, impliquait qu'elle pouvait être complétée par les décisions présidentielles. Ici le défaut d'exemples paralyse le commentaire.

La faculté d'empêcher exercée a posteriori par un juge central sur la faculté de statuer des Etats membres et de la Communauté constitue un élément clé de la qualification de l'ordre juridique communautaire. Cependant le caractère fédéral ne pourra être reconnu que si les Etats membres disposent d'une faculté d'empêcher les organes communautaires.

II) La faculté d'empêcher des Etats membres

¹⁰⁷⁸.S. RIALS Destin du fédéralisme, p. 50 L.G.D.J. 1986

¹⁰⁷⁹. En Suisse, les actes cantonaux doivent respecter le droit fédéral, mais dans ce pays les lois fédérales peuvent faire l'objet d'un contrôle populaire.

Cette faculté d'empêcher ne doit pas être l'apanage d'un seul, avons-nous dit, afin de conserver le caractère hiérarchisé de l'ordre juridique. Cette qualité est présente dans le titre XII de la Constitution de 1958 qui organise deux procédures permettant aux Etats membres d'obtenir le respect de leur compétence personnelle.

Ces procédures sont exceptionnelles car elles ne permettent pas à l'Etat membre de réagir sur chaque loi communautaire d'une part et elles exigent l'accord exclusif de la République, d'autre part. Ce dernier aspect altère le caractère fédéral.

A) Des hypothèses extrêmes

Les lois communautaires ne sont pas soumises à l'accord des Etats membres, cependant si l'un ou plusieurs d'entre eux considèrent que la(les) loi(s) communautaire(s) excède(nt) les compétences des organes communautaires, ils peuvent, soit revendiquer l'exercice de cette compétence dans le cadre de l'article 78 de la Constitution, soit revendiquer l'accession à l'indépendance en vertu de l'article 86.

L'article 78 dispose à son dernier alinéa que tout Etat membre peut obtenir en vertu d'un accord particulier un "transfert de compétence de la Communauté" à son profit. Ce transfert portera sur des matières visées à l'alinéa premier de l'article 78, mais aussi nécessairement sur celles qui, par référence aux premières, auraient été saisies par les organes communautaires. En d'autres termes, l'accord particulier permet de préciser par convention l'organisation du pouvoir normatif dans la Communauté.

Pour l'auteur anonyme de la revue d'outre-mer, l'article 78 permettrait le transfert de toutes les compétences de la Communauté sans que soit réalisée l'indépendance de l'Etat membre destinataire du transfert (¹⁰⁸⁰).

On le voit cette faculté d'empêcher s'analyse comme une "récupération" de compétences et tend à exclure donc les chevauchements qu'il est souvent difficile d'éviter en pratique. Ceci

¹⁰⁸⁰.XXX Les pays d'Outre-Mer de la République française, la Communauté et les Accords d'association, p. 356, R.J.P.O.M. 1959

marginalise la procédure qui, au demeurant aurait pu être soumise à l'appréciation de la Cour Arbitrale dans la mesure où cela pouvait affecter les relations entre Etats membres.

La seconde hypothèse présente plus encore, un caractère d'exception, puisqu'elle peut déboucher sur l'indépendance de l'Etat membre en vertu des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 86 de la Constitution ⁽¹⁰⁸¹⁾. Elle constitue une faculté d'empêcher "extrême" puisqu'elle s'analyse comme un retrait pur et simple de l'ordre juridique communautaire. C'est la reconnaissance d'un droit à sécession qui en l'espèce a eu un certain succès!

Il est vrai que cette accession à l'indépendance ne s'est pas effectuée en respectant la procédure prévue initialement puisque la demande des assemblées ne fut pas suivie d'un référendum ⁽¹⁰⁸²⁾ et en raison de la modification constitutionnelle du 4 juin 1960.

B) Une faculté soumise au veto de la République

Si l'on ne peut imaginer qu'un seul Etat fasse obstacle à la production de la norme communautaire, sauf à renier le caractère hiérarchisé de cet ordre, il faut avouer que l'exercice nécessaire de cette faculté par deux Etats membres n'apparaissait pas particulièrement exigeant. En effet les accords exprimant cette faculté d'empêcher " ont donc pour parties contractantes, la République française et un autre Etat, non pas la Communauté et l'un de ses membres. C'est pourquoi les organes de la Communauté, et notamment le Sénat, n'interviennent pas dans la procédure de leur conclusion "⁽¹⁰⁸³⁾.

L'originalité de cette procédure tient à ce qu'elle s'exprime selon la forme conventionnelle entre Etats mais aussi dans l'existence d'une partie obligée à l'accord: la République française.

¹⁰⁸¹.L'alinéa 1 prévoit la transformation du statut d'un Etat membre que l'on doit entendre comme le " changement affectant, non le régime politique ou la consistance du territoire, mais la nature juridique même de la collectivité considérée ... Le statut d'un Etat membre ne serait transformé que si le pays considéré cessait d'appartenir à la catégorie des Etats membres. ... La transformation ne pourrait donc résulter que dans le retour au statut de territoire d'outre-mer, ou dans l'acquisition du statut, soit de département d'outre-mer, soit de toute autre collectivité territoriale créée à cet effet par une loi de la République française ". Ibid. p. 519-520. A la différence de l'auteur, nous considérons qu'il s'agit bien d'une sortie de la Communauté pour entrer dans la République, tout en demeurant régi par la constitution.

¹⁰⁸².F.DUMON La communauté franco – afro - malgache, p. 97, Université libre de Bruxelles, 1960

¹⁰⁸³.XXX, Les pays d'outre-mer de la République française, la Communauté et les accords d'association, p. 357, R.J.P.O.M. 1959

Cette présence nécessaire résulte du contexte historique et imprime cette procédure d'une "touche colonialiste". Néanmoins et c'est remarquable au regard de notre préoccupation, la faculté est exercée par deux Etats sans que les organes communautaires n'aient à intervenir, sauf comme autorité de contrôle du référendum prévu à l'article 86. Cette initiative étatique sera particulièrement solennelle lorsqu'elle pourra déboucher sur l'indépendance puisque selon l'article 86, l'accord doit alors être précédé d'"une résolution de l'Assemblée législative de l'Etat intéressé confirmé par un référendum local". Ce formalisme particulier dans cette hypothèse relève " de l'ordre politique plutôt que de celui du droit " dans la mesure où " la demande ... présentera politiquement une importance telle qu'elle constituera, en fait, une véritable décision et qu'on ne pourra manquer d'en tirer les conséquences dans un accord "(¹⁰⁸⁴). En dehors de cette procédure singulière débouchant sur l'indépendance, les accords exprimant la faculté d'empêcher "ordinaire" sont approuvés par le Parlement de la République et l'Assemblée législative intéressée (art.87 de la constitution).

Ces procédures, malgré leur caractère exceptionnel, permettent aux Etats membres de protéger la faculté de statuer que leur reconnaît le titre XII de la constitution. La participation obligée de la République réduit la portée de cette faculté d'empêcher mais elle n'en réduit pas totalement le crédit et nous autorise à qualifier la Communauté, d'ordre juridique fédéral.

Les Communautés européennes, dans lesquelles la France est aussi une collectivité locale, ne semblent pas pouvoir être qualifiées de la même façon que la Communauté franco-africaine.

Section II) La France " collectivité locale " en Europe

Les rapports de la République Française avec les Communautés européennes n'ont pas été discutés comme ceux de la Communauté franco-africaine avec ladite République. Ceci tient au fait que les Communautés européennes sont nées de traités internationaux, c'est à dire d'accords entre Etats souverains.

Dans les deux cas se pose la question de l'intégration de l'ordre juridique français dans un autre ordre juridique. La présentation que l'on fait à cet égard, des Communautés européennes

¹⁰⁸⁴.Ibid. p. 521

n'est pas sans ambiguïté. Pour certains, il y aurait une sorte de "prévalence" des ordres juridiques nationaux sur l'ordre communautaire en ce que " les normes de cet ordre juridique ... s'intègrent dans les ordres juridiques des Etats membres"⁽¹⁰⁸⁵⁾. Pour d'autres, le droit communautaire est du droit interne (¹⁰⁸⁶) car " fondé sur les Traités, le droit communautaire comporte une hiérarchie de règles qui constitue la législation fédérale des communautés. Cette législation présente tous les traits du droit interne: hiérarchisée, elle s'impose aux Etats-membres; elle est appliquée selon les techniques propres au droit interne; enfin par son objet elle comporte des règles identiques à celles d'une législation étatique ...Par sa nature, sa technique, son objet, la législation communautaire est du droit interne" (¹⁰⁸⁷).

Il semble bien à l'examen, que les Communautés constituent un ordre juridique distinct de celui des Etats membres (I). Dans la mesure où la division de la faculté de statuer dans l'espace communautaire et le monopole de l'exercice de cette faculté de statuer ne semblent pas pleinement garantis aux organes centraux et non centraux qui en disposent, la nature de cet ordre pose question (II). La "compétence fédérale" absorbe peu à peu les "compétences fédérées". Or comme l'ordre juridique communautaire est un ordre juridique hiérarchisé, ce phagocytage conduit à une subordination juridique des actes des Etats-membres à ceux de la communauté en vertu du principe droit fédéral brise droit local.

I) Un ordre juridique distinct de celui des Etats membres

L'existence de cet ordre juridique communautaire résulte d'une production normative indépendante des Etats membres, en ce qu'elle se manifeste par des facultés de statuer et d'empêcher spécifiques aux Communautés.

A) Les facultés de statuer dans l'ordre communautaire

¹⁰⁸⁵.J. BOULOUIS Droit institutionnel des Communautés européennes, p. 169, MONTCHRESTIEN 1993. Cette présentation, toute empreinte de dualisme, tend à faire accroître l'indépendance des ordres juridiques nationaux. On verra, que ceux-ci s'intègrent à l'ordre communautaire notamment par l'effet direct de celui-ci. En d'autres termes, ce n'est pas la norme communautaire qui s'intègre à la norme nationale mais celle-ci qui devient un élément de l'ordre communautaire. L'ordre juridique communautaire phagocyte l'ordre national.

¹⁰⁸⁶.L. CARTOU Organisations européennes, p. 398, DALLOZ 1967

¹⁰⁸⁷.Ibid.

Les facultés de statuer en matière communautaire sont détenues par des organes communautaires et étatiques et elles donnent naissance à des actes hiérarchisés (1). Les traités opèrent une répartition des compétences personnelles entre les organes communautaires et les organes des Etats membres. Cette répartition entre organes communautaires et étatiques a été affectée par l'action des Communautés et par des traités modificatifs (2).

1) L'organisation des facultés de statuer

Chaque Etat, dans le cadre de sa compétence personnelle, demeure libre d'organiser sa faculté de statuer comme il l'entend. Aussi nous intéresserons nous exclusivement à l'organisation de la faculté de statuer reconnue aux Communautés en l'appréhendant au plan formel et au plan matériel.

a) L'organisation formelle

A la hiérarchie des actes ne correspond pas toujours une hiérarchie entre les organes disposant d'une faculté de statuer.

- La hiérarchie des actes communautaires

Cette hiérarchie résulte de la distinction entre actes à portée générale et actes à portée non générale effectuée par la Cour de Justice.

Suivant la jurisprudence de la Cour, " un acte ... est à portée générale lorsqu'il "établit des principes normatifs, pose de façon abstraite les conditions de son application et formule les conséquences juridiques qui en découlent" "⁽¹⁰⁸⁸⁾. Ont été, ainsi qualifiés d'actes à portée générale, les décisions prises en vertu de l'article 14 du traité C.E.C.A. et les règlements pris en vertu des articles 189 et 161 des traités C.E.E. et C.E.E.A.

Parmi ces actes à portée générale, on distingue ceux " dits de base" de ceux "dits d'exécution", ces derniers découlant des premiers.

Face à ces actes de portée générale, existent des actes qui n'ont pas cette qualité mais qui disposent ou peuvent disposer d'un effet direct dans l'ordre juridique communautaire. Il s'agit des "actes directifs" et des décisions.

Les actes directifs comprennent les recommandations de l'article 14 du traité C.E.C.A. et les directives des articles 189 et 161 des traités C.E.E. et C.E.E.A. (¹⁰⁸⁹). Cet ensemble se caractérise par la désignation d'un " objectif ou un résultat obligatoire pour les destinataires qui conservent le choix des moyens pour atteindre cet objectif ou obtenir ce résultat "⁽¹⁰⁹⁰⁾.

Quant aux décisions, elles se définissent comme des actes concernant " individuellement des sujets déterminés "⁽¹⁰⁹¹⁾.

¹⁰⁸⁸.J. BOULOUIS Les institutions des Communautés Européennes, p. 186, MONTCHRESTIEN 1993

¹⁰⁸⁹.Les recommandations s'adressent aux Etats ou aux entreprises, alors que les directives ne concernent que les Etats

¹⁰⁹⁰.J. BOULOUIS Droit institutionnel des Communautés européennes, p. 191, MONTCHRESTIEN 1993

¹⁰⁹¹.C.J.C.E. 14/12/1962 Féd. Nat. de la Boucherie en Gros, p. 26 Recueil des grands arrêts, DALLOZ 1991

Si ces actes sont tous subordonnés au respect des traités, il existe aussi entre eux une hiérarchie qui s'exprime par la supériorité des actes de portée générale sur les autres et à l'intérieur des actes à portée générale par la suprématie des actes "dits de base" sur ceux "dits d'exécution" (¹⁰⁹²).

Cette hiérarchie ne correspond pas à une hiérarchie entre les organes émetteurs.

- Les titulaires d'une faculté de statuer communautaire

Seuls des organes institués par les traités peuvent édicter des actes communautaires, pourtant des organes des Etats membres sont parfois appelés à la fonction normative communautaire.

Concernant les actes à portée générale, leur auteur peut être soit exclusivement la Commission (art.14 traité C.E.C.A.), soit d'une façon générale le Conseil (¹⁰⁹³) et exceptionnelle, la Commission, notamment par délégation du Conseil (¹⁰⁹⁴).

Concernant les actes à portée non générale, leur auteur peut être aussi bien la Commission que le Conseil.

Les règlements communautaires étant directement applicables, une intervention normative de l'Etat membre n'est pas nécessaire ou elle se réduit à de simples mesures d'exécution (¹⁰⁹⁵). Concernant les directives, on verra (cf. Infra) que les Etats membres sont appelés à participer à la fonction normative communautaire. Ils exercent alors " une compétence doublement liée " (¹⁰⁹⁶) qui nous permettra d'affirmer, en nous inspirant de Ch. EISENMANN (¹⁰⁹⁷), que dans cette hypothèse les organes de la République sont des organes communautaires.

¹⁰⁹².L. CARTOU Actes juridiques communautaires, n° 54 & s, Encyclopédie DALLOZ COMMUNAUTAIRE

¹⁰⁹³.L. CARTOU Maastricht commenté, 3^{ème} partie, LES PETITES AFFICHES, 1992, n° 24, p. 11 & s

¹⁰⁹⁴.Art. 145 et 155 Traité C.E.E.

¹⁰⁹⁵.R. KOVAR Le droit national d'exécution du droit communautaire, essai d'une théorie de l'écran communautaire, p. 341, Mélanges J. BOULOIS, DALLOZ 1991

¹⁰⁹⁶.J. BOULOIS Droit institutionnel des Communautés européennes, p. 193, MONTCHRESTIEN 1993

¹⁰⁹⁷.Ch. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p. 92, L.G.D.J. 1948

Cette organisation formelle du pouvoir normatif communautaire n'est pas le reflet d'une division matérielle précise de la faculté de statuer.

b) L'organisation matérielle des facultés de statuer

Comme les intitulés des traités institutifs en rendent compte, la répartition des facultés de statuer dans l'espace communautaire s'est effectuée en attribuant aux organes communautaires, une capacité spécialisée matériellement déterminée.

En d'autres termes les organes communautaires ne disposent pas d'une capacité juridique les autorisant à statuer dans l'intérêt général, mais uniquement dans un intérêt général matériellement défini.

Cependant et ainsi que le constate J. BOULOUIS pour la C.E.E., cette spécialisation "ne constitue pas une limite très rigoureuse tant il est difficile de découvrir une activité qui peu ou prou, ne présente d'aspect économique"⁽¹⁰⁹⁸⁾.

Cette spécialisation a par ailleurs évolué, tendant ainsi vers une compétence générale. Ceci résulte de l'action des Communautés elles-mêmes sur le fondement des dispositions des traités (¹⁰⁹⁹). Ainsi en application de l'article 235, la C.J.C.E. a admis que le Conseil pouvait prendre toutes dispositions appropriées y compris dans le domaine des relations extérieures (¹¹⁰⁰). Ces

¹⁰⁹⁸.J. BOULOUIS Les institutions des Communautés Européennes, p. 52, MONTCHRESTIEN 1993

¹⁰⁹⁹.L'article 95 du traité C.E.C.A. dispose: " Dans tous les cas non prévus au présent traité dans lesquels une décision ou une recommandation de la Haute Autorité apparaît nécessaire pour réaliser, ... l'un des objets de la Communauté, ... cette décision ou cette recommandation peut être prise sur avis conforme du Conseil ...".Cet article a été mis en oeuvre pour faire face à la crise du charbon et de l'acier. Concernant les traités C.E.E. et C.E.E.A. leurs articles 235 et 203 sont rédigés ainsi: " Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun (les termes en italique ne sont pas repris dans le traité C.E.E.A.), l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, prend les dispositions appropriées ".

¹¹⁰⁰.C.J.C.E. 31/3/1971 Commission c/ Conseil (Aff. de l'A.E.T.R.) Recueil des Grands Arrêts, n° 13, p. 54, DALLOZ, 1991

dispositions des traités ont "permis un large accroissement des compétences communautaires"⁽¹¹⁰¹⁾.

Par ailleurs, les Communautés ont vu leur champ d'interventions étendu par l'Acte unique européen ⁽¹¹⁰²⁾ à la recherche et au développement technologique et à l'environnement. Le traité de Maastricht ⁽¹¹⁰³⁾ poursuit quant à lui, l'extension des compétences communautaires ⁽¹¹⁰⁴⁾.

L'on voit bien que la compétence personnelle des Communautés tend, parfois du fait du raisonnement hardi de la Cour de Justice ⁽¹¹⁰⁵⁾, de plus en plus vers une compétence générale, à laquelle manquait la défense, la politique étrangère, ce qui opposait pour certains, la Communauté aux Etats fédéraux ⁽¹¹⁰⁶⁾. Ces matières relèvent progressivement de la compétence communautaire ⁽¹¹⁰⁷⁾.

Cette extension de la compétence communautaire, que l'on constate dans tous les Etats fédéraux ⁽¹¹⁰⁸⁾, pourrait être justifiée par le poids particulier dans le fonctionnement

¹¹⁰¹.G.J OLY & D. QUINTY Le rôle des Parlement européen et nationaux dans la fonction législative communautaire. Documents polycopiés du colloque " La commune, l'Etat et le droit; Bicentenaire de la Révolution et Marché unique européen ", Faculté de droit TOURS, 9 & 10 Novembre 1989

¹¹⁰². Acte unique européen signé le 17/2/1986 par 9 Etats et le 28/2/1986 par le Danemark, l'Italie et la Grèce

¹¹⁰³.Les 9 & 10 Décembre 1991 à Maastricht ont été signés deux traités en vue de la constitution d'Union Européenne, l'un porte sur l'Union politique, l'autre sur l'Union économique et monétaire

¹¹⁰⁴. Compétences nouvelles: Union monétaire (titre VI), éducation, formation professionnelle et jeunesse (titre VIII), culture (titre IX), santé publique (titre X), protection des consommateurs (titre XI), les réseaux transeuropéens (titre XII), l'industrie (titre XIII) ou étendues: Domaine commercial, économique et social (titre VI, VII, VIII & XIV), recherche et développement (titre XV), environnement (titre XVI)

¹¹⁰⁵. Notamment en utilisant la théorie des compétences implicites dégagées par la Cour Internationale de Justice comme dans l'espèce de l'A.E.T.R.(C.J.C.E. 31.3.1971 Recueil des grands arrêts, p. 54, DALLOZ 1991

¹¹⁰⁶.Par ex.: P. SABOURIN L'Europe, fédération ou intégration d'Etats - Nation ? Documents polycopiés du Colloque "La Commune, l'Etat et le droit; Bicentenaire de la Révolution et Marché unique européen, Faculté de Droit de TOURS, 9 & 10 Novembre 1989; T. DEBARD Les institutions communautaires et le modèle fédéral, p. 39, Annales Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Fasc. 25, L.G.D.J. 1989

¹¹⁰⁷.Le traité de Maastricht poursuit l'institutionnalisation de ces matières instaurée par l'article 30 de l'Acte unique. En effet l'article B du traité dispose: "L'Union se donne pour objectif d'affirmer son identité sur la scène internationale, notamment par la mise en oeuvre d'une politique étrangère et de sécurité commune intégrant à terme la définition d'une politique commune de défense".

¹¹⁰⁸.S. RIALS Destin du fédéralisme, p. 29, L.G.D.J. 1986; M. CROISAT Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines, p. 115 & s, Coll. Clefs "Politique", MONTCHRESTIEN 1992

communautaire, du constat de carence. L'analyse montre que cette procédure est étrangère au développement de la faculté de statuer communautaire.

2) L'exercice largement discrétionnaire de la faculté de statuer

Le principe de légalité est ambivalent, ainsi que le souligne M.C. BERGERES, dans la mesure où il vit " au travers de la censure des actes qui y portent atteinte " et par la possibilité, certes plus exceptionnelle, d'" exiger l'édiction d'un acte dont le défaut sera constitutif d'une illégalité ... Les traités communautaires consacrent la double acception du principe de légalité en reconnaissant d'une part, le recours en annulation et, d'autre part, le recours en carence "⁽¹¹⁰⁹⁾.

Le recours en carence vise à " faire constater par la Cour de justice l'inertie illégale des institutions "⁽¹¹¹⁰⁾. Cette procédure n'est pas sans affinité avec celle qui dans notre domaine, conduit en France, le Préfet à se substituer au Maire, qui n'aurait pas exercé son pouvoir de police (¹¹¹¹). Cependant elle n'en a pas l'efficacité, puisqu'elle ne débouche que sur une décision juridictionnelle constatant la carence dans laquelle la Cour de Justice ne peut " se substituer juridiquement à l'autorité défaillante "⁽¹¹¹²⁾.

A cette différence finale substantielle, s'ajoute une certaine marginalité du recours, liée à la procédure elle-même.

Le recours doit être précédé d'une demande d'intervention adressée à l'institution concernée, afin qu'elle exécute "l'obligation qui pèserait sur elle"⁽¹¹¹³⁾. Cette adresse, véritable recours

¹¹⁰⁹.M.C. BERGERES Contentieux communautaire, p. 215, Coll. Droit fondamental, P.U.F.1989. L'auteur souligne que cette ambivalence a conduit à considérer, concernant le traité C.E.C.A., le recours en carence comme un recours en annulation, alors que dans le traité C.E.E., il aurait une certaine autonomie; cf. p. 216-217

¹¹¹⁰.J. BOULOUIS Droit des institutions des communautés européennes, p. 327, MONTCHRESTIEN 1993

¹¹¹¹.Art. L131-13 Code des Communes

¹¹¹².M.C. BERGERES Contentieux communautaire, p. 229, Coll.Droit fondamental, P.U.F.1989

¹¹¹³.Ibid. p. 219

administratif préalable, doit être effectuée dans un "délai raisonnable"⁽¹¹¹⁴⁾. La Commission doit y répondre dans un délai de deux mois, au-delà desquels le requérant peut s'adresser à la Cour pour en cas de silence gardé par l'institution, faire constater la carence ou en cas de réponse négative, contester celle-ci par un recours en annulation (¹¹¹⁵).

La carence résulte de l'absence d'édiction d'un acte déterminé et non de l'absence de mise en oeuvre d'une politique et à condition que cette abstention soit contraire au traité, ce qui réserve l'hypothèse d'un pouvoir discrétionnaire; et concernant le traité C.E.C.A. à la condition que l'abstention constitue un détournement de pouvoir.

Ces éléments montrent qu'à l'évidence l'extension des compétences communautaires ne s'est pas effectuée sous la pression exercée par cette procédure, dans la mesure où pour l'essentiel elle est réservée aux Etats membres car un particulier ne saurait la mettre en oeuvre pour un acte à portée générale dont par définition il n'est pas le destinataire, mais un parmi d'autres (¹¹¹⁶).

B) Les facultés d'empêcher dans l'ordre communautaire

Cette faculté d'empêcher est détenue exclusivement par un organe communautaire, la Cour de Justice, et les particuliers ne disposent pas d'un accès général à son prétoire.

¹¹¹⁴.C.J.C.E.6/7/1971 Pays-Bas c/ Commission, Recueil C.J.C.E. p. 651, dans l'espèce, un délai de 18 mois était considéré comme non raisonnable, cf. M.C. BERGERES précité p.220, cf. aussi M. WAELBROECK, Recours en carence, n° 23, Encyclopédie DALLOZ COMMUNAUTAIRE,

¹¹¹⁵.Le recours selon l'article 175 du traité C.E.E. doit être introduit dans le délai de deux mois à compter de la réponse de la Commission et dans le délai d'un mois dans le cadre du traité C.E.C.A (art 35).

¹¹¹⁶.J. BOULOUIS note qu'au 31/12/1991, 47 procédures ont été introduites depuis l'origine, 30 ont été jugées, et seulement 3 ont donné satisfaction au requérant. Droit des institutions des Communautés Européennes, p. 332

1) L'absence de faculté d'empêcher au profit des Etats membres

Les traités ne confèrent pas aux Etats membres une faculté d'empêcher qu'ils pourraient exercer à l'encontre de la faculté de statuer des organes communautaires. Cependant, ils peuvent saisir un organe communautaire donc central, qui décidera ou non d'exercer une faculté d'empêcher.

a) Le refus d'une faculté d'empêcher étatique unilatérale ou l'effet direct du droit communautaire

Les traités et le droit dérivé sont-ils régis par les règles du droit international ou manifestent-ils une abrogation des frontières juridiques? La querelle du monisme et du dualisme a trouvé ici un terrain privilégié, y compris au sein même d'organes communautaires, comme le révèlent certaines décisions de la Cour de Justice des Communautés Européennes (C.J.C.E.) qui dans leur inclinaison moniste portaient des stigmates du dualisme ⁽¹¹¹⁷⁾.

Cependant la réalité renvoie aujourd'hui au monisme. Ceci résulte de la reconnaissance de l'applicabilité directe du droit communautaire dans les Etats membres.

L'affirmation de L. CARTOU quant à la nature du droit communautaire pouvait apparaître en son temps singulièrement optimiste dans la mesure où à la même époque P. REUTER écrivait qu'" en réalité, ... les Communautés suivent plutôt les errements des organisations internationales que ceux du fédéralisme "⁽¹¹¹⁸⁾. Cette opposition s'exprimait aussi dans ce constat de R. PINTO qui écrivait: "la Communauté européenne n'a pas reçu des traités un pouvoir général de législation, d'exécution et de juridiction"⁽¹¹¹⁹⁾ en relevant à cet égard que "recommandations et directives se rattachent aux procédés du droit international commun "⁽¹¹²⁰⁾.

¹¹¹⁷. Ainsi J.V. LOUIS constate que l'expression selon laquelle " la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international " utilisée dans l'arrêt Van Gend & Loos du 5/2/1963 qui affirme l'applicabilité directe du droit communautaire ne sera plus utilisée dans la jurisprudence ultérieure. J.V. LOUIS L'ordre juridique communautaire, p. 106, Office des publications officielles des Communautés, 1990

¹¹¹⁸. P. REUTER Institutions internationales, p. 303, Coll. Thémis, P.U.F. 1969

¹¹¹⁹. R. PINTO Les organisations européennes, p. 294, PAYOT, 1965

¹¹²⁰. Ibid. p. 294

Aussi ce dernier auteur pouvait-il affirmer que l'arrêt Van Gend & Loos ⁽¹¹²¹⁾ avait une " portée révolutionnaire à l'égard du cas fameux Marbury c. Madison " ⁽¹¹²²⁾ car "à l'exception de la mention qui est faite dans la définition des règlements ..., les traités ne contiennent aucune stipulation expresse qui confèrerait de manière générale l'applicabilité directe à leurs dispositions ou à celles des actes institutionnels"⁽¹¹²³⁾.

La qualification de révolutionnaire n'apparaît donc pas excessive pour cette solution dégagée par la Cour confrontée à la question de savoir " si l'article 12 du traité C.E.E. a bien un effet interne, en d'autres termes si les justiciables peuvent faire valoir sur la base de cet article, des droits individuels que le juge doit sauvegarder "⁽¹¹²⁴⁾?

Plusieurs gouvernements dont celui des Pays-Bas concerné par l'espèce s'opposaient à une telle applicabilité directe. L'avocat général ROEMER avant de reconnaître que "celui qui est familier avec le droit de la Communauté sait qu'en fait il ne s'épuise pas dans des rapports contractuels entre plusieurs Etats en tant que sujets du droit des gens ... "⁽¹¹²⁵⁾, déclarait que "si dans le droit de la Communauté les rédacteurs du traité avaient conçu comme règle générale le principe de l'application directe des règles du traité dans le sens d'une prééminence par rapport au droit national, la procédure de sanction pourrait se borner à constater la nullité des mesures contraires au traité "⁽¹¹²⁶⁾.

La Cour va construire son jugement reconnaissant l'applicabilité directe, en examinant "l'esprit, l'économie et les termes"⁽¹¹²⁷⁾ des traités. Cela la conduira à relever "que l'objectif du

¹¹²¹.C.J.C.E. 5/2/1963 Van Gend en Loos, p 1, tome 1, Recueil des Grands arrêts de la C.J.C.E., DALLOZ, 1991

¹¹²².R.PINTO Les organisations européennes, p 449, PAYOT 1965

¹¹²³.J. BOULOUIS Droit institutionnel des Communautés européennes, p. 233, MONTCHRESTIEN 1993

¹¹²⁴.J.V. LOUIS L'ordre juridique communautaire, p. 105, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1990

¹¹²⁵.cité p. 4 Recueil des grands arrêts de la C.J.C.E., DALLOZ 1991

¹¹²⁶.cité par R. PINTO dans Les organisations européennes, p. 449, note 3, PAYOT 1965

¹¹²⁷.cité par J.V. LOUIS dans L'ordre juridique communautaire, p. 106, Office des publications officielles des Communautés, 1990

traité C.E.E., qui est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté, implique que ce Traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre Etats contractants "(¹¹²⁸) et au final elle pourra affirmer que "la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international au profit duquel les Etats ont limité ... leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants"(¹¹²⁹).

La reconnaissance de l'effet direct du droit communautaire révèle l'inexistence d'une faculté d'empêcher au profit des Etats membres, qui devront pour empêcher les organes communautaires dotés de la faculté de statuer, s'adresser à un organe communautaire central, la Cour de Justice des Communautés européennes, dans le cadre du recours en annulation.

b) Le recours en annulation

Les recours institués par les traités pour préserver l'organisation du pouvoir normatif qu'ils mettent en place, sont originaux. Le traditionnel recours en annulation est institué par les traités (¹¹³⁰) mais s'y ajoutent des recours appréhendant "l'indifférence" des Etats membres dans le cadre du recours en manquement (¹¹³¹) ou d'une institution communautaire dans le cadre du recours en carence (¹¹³²). Ces deux derniers recours ne sont pas sans affinité avec certaines procédures connues en droit français des collectivités locales puisque le recours en manquement évoque la mise en demeure préalable à une substitution qui rejoint alors le recours en carence.

¹¹²⁸.Ibid. p. 106

¹¹²⁹.Ibid. p. 106

¹¹³⁰.Art.179 traité C.E.E., Art.146 traité C.E.E.A., Art.33 traité C.E.C.A.. L'action en annulation des actes des institutions correspond à notre recours pour excès de pouvoir à la différence près, toutefois, des conditions restrictives de recevabilité

¹¹³¹.Art. 88 Traité C.E.C.A., Art. 169 à 171 traité C.E.E. et Art.141 à 143 traité C.E.E.A.. Ce recours a pour fonction de garantir l'accomplissement par les Etats membres, des obligations mises à leur charge par les traités. cf. M.C.BERGERES Contentieux Communautaire, p. 171, Coll. Droit fondamental, P.U.F. 1989

¹¹³².Art. 35 traité C.E.C.A., Art.175 traité C.E.E., Art. 148 traité C.E.E.A.. Ce recours repose sur la reconnaissance de l'acception positive du principe de légalité, c'est à dire sur la possibilité d'exiger " l'édition d'un acte dont le défaut sera constitutif d'une illégalité ". M.C. BERGERES Contentieux communautaire, p .215, Coll. Droit fondamental, P.U.F. 1989.

Le recours en annulation, véritable recours pour excès de pouvoir, peut être intenté contre " les actes unilatéraux du Conseil ou de la Commission " (¹¹³³) et depuis peu du Parlement (¹¹³⁴) à la condition que ces actes soient "susceptibles de produire des effets de droit ou de nature à faire grief"(¹¹³⁵). La Cour ne s'attache pas à des critères formels pour déterminer les actes susceptibles d'être déférés devant elle en raison " du caractère éminemment protéiforme des actes édictés ", la conduisant à se déterminer au coup par coup.

Nous verrons que ce recours n'est pas ouvert à n'importe quel requérant.

Sur le fond, les cas d'ouverture sont identiques à ceux que l'on connaît dans notre recours pour excès de pouvoir.

L'existence réelle de ce recours n'étant pas contestée, il importait simplement pour nous de le constater ici, sans qu'il soit besoin d'approfondir son étude. Par contre la place des citoyens dans le droit communautaire apparaît plus fondamentale, d'abord parce que nous en avons fait un élément de l'existence d'un ordre juridique hiérarchisé et ensuite parce que le droit communautaire structurera ses grandes avancées sur la nécessité d'assurer la protection de ces citoyens.

2) Les facultés d'empêcher reconnues aux citoyens

On l'a écrit, le droit du citoyen de se prévaloir d'un ordre juridique se manifeste par la possibilité d'exciper des normes de cet ordre et ainsi de son organisation.

Le contrôle juridictionnel exercé par la Cour de Justice des Communautés Européennes (C.J.C.E.) ayant pour but d'assurer "le respect du partage des compétences entre la Communauté et les Etats membres et ... la protection juridictionnelle de leurs ressortissants

¹¹³³.M.C. BERGERES Contentieux communautaire, p 192, Coll. Droit fondamental, P.U.F.1989

¹¹³⁴.C.J.C.E. 10/2/1983, Grand Duché du Luxembourg c/ Parlement européen, Rec. p. 255

¹¹³⁵.M.C. BERGERES précité, p. 194

dans les domaines où la Communauté est compétente"⁽¹¹³⁶⁾, semble satisfaire l'exigence sus - énoncée. Pourtant C. BLUMANN constate que "les traités communautaires n'assurent aux particuliers qu'une protection juridictionnelle incomplète. Ceci se vérifie tant en ce qui concerne les recours contre les institutions européennes que contre les Etats membres"⁽¹¹³⁷⁾.

Il apparaît en effet que le citoyen européen ne peut que difficilement se prévaloir directement de l'organisation du pouvoir normatif devant la Cour de Justice, alors qu'il peut plus facilement revendiquer ou contester l'application du droit communautaire qui lui est faite.

a) Le difficile accès aux voies d'action directe en faveur du respect de l'organisation du pouvoir normatif

Les recours évoqués précédemment, sont exceptionnellement ouverts aux particuliers (a-1); par contre ces derniers peuvent indirectement amener à leur mise en oeuvre (a-2).

a-1) L'admission exceptionnelle des recours directs des particuliers

Seuls les recours en annulation et en carence sont accessibles aux particuliers; le recours en constatation de manquement d'Etat étant introduit exclusivement par la Commission ou un Etat membre.

Concernant les recours en annulation et en carence, les particuliers ne figurent pas parmi les requérants privilégiés qui sont " les requérants institutionnels " (¹¹³⁸) au sein desquels il a été difficile d'admettre le Parlement européen (¹¹³⁹). Toutefois à défaut d'être privilégiés, *certain*s particuliers sont admis à agir directement.

¹¹³⁶.M. KLEUTGEN Droit européen, p. 85, TECHNIPLUS, 1992

¹¹³⁷.C. BLUMANN Les mécanismes non juridictionnels de protection des droits du citoyen européen, p. 233, Numéro spécial R.J.C.O. Avril 1992

¹¹³⁸.J. BOULOUIS Droit institutionnel des Communautés Européennes, p. 318, MONTCHRESTIEN 1993

¹¹³⁹.Le Parlement ne figure pas dans la liste des requérants privilégiés résultant des traités. C'est la Cour qui lui a reconnu la capacité d'agir en matière d'annulation et exclusivement pour préserver ses prérogatives institutionnelles (C.J.C.E. 22/5/1990 Parlement c./ Conseil, Cf. J. BOULOUIS précité). Concernant le recours en carence, le traité C.E.C.A. ne l'ouvrait pas au Parlement mais les traités de Rome l'ouvraient aux institutions des Communautés, ce qui a permis à la Cour d'admettre le recours en carence intenté par le Parlement (C.J.C.E. 22/5/1985 Parlement c./ Conseil, cf. M.C. BERGERES Contentieux communautaire, p. 223, Coll. Droit

Concernant le recours en annulation, on distingue selon que les intéressés se trouvent soumis au traité C.E.C.A. ou non. Dans le traité C.E.C.A. la recevabilité des particuliers est limitée aux entreprises ou associations exerçant certaines activités qui contestent "des décisions individuelles les concernant" ou "les décisions ou recommandations générales qu'elles estiment entachées de détournement de pouvoir à leur égard" (¹¹⁴⁰). Dans les traités de Rome, toute personne physique ou morale peut contester les décisions dont elle est le destinataire et celles "qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement" (¹¹⁴¹).

Concernant le recours en carence, les particuliers ne sont admis à agir que si " l'une des institutions a manqué de leur adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis" (¹¹⁴²).

C'est donc avec un sens aigu de l'euphémisme que l'on peut dire que " la situation des requérants non privilégiés est pour le moins peu assurée " (¹¹⁴³).

Cependant les particuliers sans restriction peuvent tenter de faire agir un requérant privilégié.

b-1) L'action médiatisée des particuliers

Cette action s'exprime à l'aide du droit de plainte devant la Commission et du droit de pétition devant le Parlement d'une part, et par l'action du Médiateur créé par le Traité de Maastricht, d'autre part.

fondamental, P.U.F. 1989). Sur l'utilisation de ces recours par le Parlement, cf. M. CHAUCHAT, Le contrôle politique du Parlement Européen sur les exécutifs communautaires, p. 264 & s, et 274 & s, L.G.D.J. 1989

¹¹⁴⁰.J. BOULOUIS Droit institutionnel des Communautés Européennes, p. 319-320, MONTCHRESTIEN 1993

¹¹⁴¹.Ibid. Ces restrictions sont amoindries par la possibilité pour les particuliers de contester une réglementation communautaire par la voie de l'exception d'illégalité, cf. M.C. BERGERES Contentieux Communautaire, p. 275 & s, Coll. Droit fondamental, P.U.F.1989

¹¹⁴².M.C.BERGERES précité p 223

¹¹⁴³.Ibid. p. 198

Les caractéristiques de ces procédures consistent dans "la foi" du particulier dans l'institution saisie, car elles ne sont susceptibles de déboucher sur une action directe de celle-ci que si et seulement si, elle y concède.

Ainsi que le remarquait M. CHAUCHAT concernant l'intervention du Parlement dans les procédures pendantes devant la Cour de Justice (¹¹⁴⁴), il est certain que pendant cette période de construction politique de l'Europe, la Commission et le Parlement pourront facilement avoir intérêt à donner suite aux plaintes ou pétitions des particuliers, soit pour se démarquer entre elles, soit pour se distinguer du Conseil.

Le droit de plainte devant la Commission est "un pur produit de la pratique ... (qui) permet à la Commission d'exercer son rôle de gardienne des traités et en même temps de recueillir le maximum de données sur l'état actuel d'application du droit communautaire"(¹¹⁴⁵). Son formalisme réduit explique son succès croissant (¹¹⁴⁶).

Le droit de pétition, quant à lui, a d'abord été inscrit dans le règlement intérieur de l'Assemblée avant d'être consacré par le Traité de Maastricht à l'article 138 D sans que celui-ci ne fixe les "suites apportées aux pétitions" (¹¹⁴⁷). Ces suites peuvent prendre la forme d'un débat au Parlement, d'une saisine de la Commission, d'un recours direct ou d'une intervention dans une procédure pendante devant la Cour (¹¹⁴⁸).

Enfin le traité de Maastricht institue un médiateur nommé par le Parlement (¹¹⁴⁹). Ce médiateur pourra recevoir directement ou par l'intermédiaire d'un parlementaire les plaintes

¹¹⁴⁴.M. CHAUCHAT Le contrôle politique du Parlement européen sur les exécutifs communautaires, p. 261, L.G.D.J. 1989

¹¹⁴⁵.C. BLUMANN Les mécanismes non juridictionnels de protection des droits du citoyen européen, p. 236, Numéro spécial R.J.C.O. Avril 1992

¹¹⁴⁶.Ibid. p. 239

¹¹⁴⁷.L. CARTOU Maastricht commenté, 3^{ème} partie, LES PETITES AFFICHES 1992, n° 24, p. 6

¹¹⁴⁸.Sur l'intervention du Parlement dans une procédure devant la Cour, cf. M. CHAUCHAT Le contrôle politique du Parlement européen sur les exécutifs communautaires, p. 250 & s, L.G.D.J.1989

¹¹⁴⁹. Art. 138 E Traité sur l'Union Européenne signé à Maastricht le 7/2/1992, Imprimerie nationale

des particuliers qui pourront le conduire en cas de constat de mauvaise administration à saisir l'administration responsable et à transmettre un rapport au Parlement.

En conclusion, si le particulier n'est pas dépourvu de moyens, il reste lourdement handicapé pour faire entendre sa voix et le recours préjudiciel ne dément pas vraiment cet état de fait.

b) Le recours préjudiciel

La volonté d'intégration des ordres juridiques nationaux dans l'ordre communautaire, qu'expriment son applicabilité directe et sa primauté, se manifeste par la "réquisition" des juridictions des Etats membres pour le mettre en oeuvre.

L'absence de tribunaux communautaires répartis sur l'espace européen est palliée ainsi par la mise à disposition du droit communautaire, du juge national, dont la fidélité communautaire n'est pas assurée par l'existence d'un recours contre ses décisions devant la Cour de Justice.

Le recours préjudiciel confère exclusivement, c'est à dire nonobstant les conclusions des parties, au juge national le soin de saisir la Cour de Justice d'une demande d'interprétation ou d'appréciation de validité d'une règle communautaire. Cette exclusivité est constituée en obligation lorsque la décision, qu'il est appelée à rendre, est insusceptible de recours (¹¹⁵⁰). C'est le cas pour les décisions rendues par le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation, mais celles-ci ne marquent pas un empressement particulier en faveur de cette procédure (¹¹⁵¹). Le juge national n'étant pas subordonné professionnellement aux juges communautaires, il dispose d'une autonomie certaine.

¹¹⁵⁰. Art. 177 traité C.E.E.

¹¹⁵¹. M.F. BUFFET-TCHAKALOFF La France devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, p. 25, ECONOMICA, 1985

On voit donc qu'une fois encore l'accès au prétoire de la Cour n'est pas systématique et qu'il repose pour une large part sur la connaissance par les praticiens du droit, juges et conseils, du droit communautaire (¹¹⁵²).

En définitive le citoyen communautaire européen apparaît moins bien protégé, que le citoyen communautaire franco-africain évoqué précédemment dans la mesure où ce dernier pouvait déférer directement les règlements communautaires au Conseil d'Etat, juge administratif communautaire, et les règlements de son Etat par la voie de cassation à la même juridiction. L'impossibilité d'un recours direct contre les actes législatifs communautaires ou d'Etats devant la Cour Arbitrale était compensée par la possibilité de voir l'application de ces actes soumise à l'appréciation d'un juge de cassation communautaire.

L'existence et le caractère hiérarchisé de l'ordre juridique communautaire ne peut être contesté, même si l'encadrement des recours directs des particuliers et l'absence de possibilité pour ceux-ci de saisir la Cour de Justice par un recours en cassation fragilisent l'édifice.

L'extension croissante de la compétence personnelle des organes communautaires par l'accroissement de leur domaine matériel d'intervention pose la question des rapports entre cet ordre et les ordres juridiques nationaux. L'ordre juridique communautaire est-il de nature fédérale, c'est à dire assure-t-il à la fois l'exclusivité de la faculté de statuer des organes centraux et non centraux, ou de nature unitaire en subordonnant la faculté de statuer non centrale à celle reconnue aux organes communautaires centraux.

L'organisation du pouvoir normatif dans la Communauté présente les deux aspects. Ordre juridique à la fois déconcentré et décentralisé en matière législative, l'ordre communautaire peut évoluer à partir de cette ambivalence, vers une organisation de type unitaire.

II) Un ordre déconcentré et décentralisé

¹¹⁵².Me CELICE L'utilisation du droit communautaire par les particuliers et leurs conseils juridiques, p. 177 des Actes du Colloque "Quel droit en Europe? Quel droit pour l'Europe?", LA DOCUMENTATION FRANÇAISE, 1990

L'antinomie des termes n'est qu'apparente. En effet l'ordre juridique communautaire présente de façon imparfaite des caractères d'une organisation fédérale du pouvoir normatif notamment par la division de la faculté de statuer qu'il opère entre institutions communautaires et Etats membres (Sous - paragraphe II), mais à l'intérieur de la compétence personnelle des organes communautaires, les organes des Etats membres apparaissent comme des autorités déconcentrées en ce qu'ils disposent d'une faculté de statuer subordonnée à la volonté des organes communautaires (Sous - paragraphe I).

Sous - Paragraphe I) Les pouvoirs publics français, éléments déconcentrés du pouvoir normatif européen

L'organisation déconcentrée du pouvoir normatif communautaire aurait pu résulter de l'installation dans chaque Etat membre d'organes communautaires locaux à l'image de nos Préfets. Cependant dans le cadre de la déconcentration, le partage des facultés de statuer dans l'espace communautaire n'excluant pas l'intervention d'organes étatiques dans la compétence personnelle des organes communautaires à l'image des maires en France, c'est cette solution qui a été retenue dans les Communautés pour déconcentrer le pouvoir normatif communautaire (I). Toutefois pour correspondre à une organisation déconcentrée du pouvoir normatif communautaire, il faut que la faculté de statuer des organes étatiques dans le domaine communautaire soit subordonnée aux organes communautaires centraux. Cette subordination résulte de deux éléments fondamentaux, véritables piliers de la subordination étatique (II): la primauté du droit communautaire et l'effet direct des directives.

I) Les modalités d'organisation de la déconcentration communautaire

L'organisation déconcentrée des communautés emprunte le modèle allemand (A) en ce que les organes des Etats membres sont appelés à mettre en oeuvre le droit communautaire (B)

A) Une organisation déconcentrée calquée sur le modèle allemand

Selon Y. MENY, parmi les " multiples variantes organisationnelles du partage des tâches entre administrations centrales et administration périphériques ... on peut distinguer trois orientations possibles: l'option hiérarchique dont la France constitue le prototype, l'option

décentralisée dont la Grande-Bretagne et la R.F.A. constituent deux variantes fort distinctes, l'option égalitaire ..."(¹¹⁵³) dont les Etats-Unis seraient le prototype.

Seuls nous intéressent les deux dernières hypothèses, qui font appel à l'intervention des organes étatiques dans le domaine fédéral.

"L'option égalitaire" implique que " la Fédération et les Etats sont chacun pour ce qui les concerne responsables de l'administration de leurs compétences respectives " (¹¹⁵⁴). En d'autres termes la conception et la mise en oeuvre du droit fédéral relèvent d'organes fédéraux et notamment d'une administration fédérale distincte de celle mise en place le cas échéant par les Etats fédérés. Ainsi " le fédéralisme américain peut être défini comme "vertical", c'est à dire que Fédération et Etats possèdent des pouvoirs propres et indépendants dont chaque niveau assume en principe l'entière responsabilité, de la législation jusqu'à la mise en oeuvre " (¹¹⁵⁵). Ce " dualisme, des communautés et des niveaux de gouvernement. ... doit permettre "l'harmonie du tout" (¹¹⁵⁶).

Cette solution égalitaire "ne correspond pas aux traditions européennes, à celle de la Suisse et de l'Allemagne où c'est l'administration déléguée qui prévaut" (¹¹⁵⁷). Ceci explique sans doute que l'organisation des communautés européennes soit calquée sur le modèle allemand dans lequel selon l'article 83 de la Constitution fédérale "les Länder exécutent les lois fédérales au titre de leurs propres attributions" (¹¹⁵⁸). Considérant en outre que, nonobstant le partage de la faculté de statuer en matière législative entre Fédération et Etats, les lois d'un Etat sont pour

¹¹⁵³.Y. MENY Politique comparée, p. 332, MONTCHRESTIEN 1991

¹¹⁵⁴.Ibid. p. 334

¹¹⁵⁵.Ibid. p. 419

¹¹⁵⁶.M. CROIZAT Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines, p. 33, Coll."Clefs" Politique, MONTCHRESTIEN, 1992

¹¹⁵⁷.Ibid. p. 67

¹¹⁵⁸.Art.83 Constitution fédérale du 23/5/1949, "Les constitutions de l'Europe des Douze", textes rassemblés par H. OBERDORFF, p. 35, LA DOCUMENTATION FRANÇAISE 1992

l'essentiel (90%) des lois fédérales, il apparaît que les Länder "sont avant tout des échelons administratifs"⁽¹¹⁵⁹⁾.

Dans cette fonction d'exécutants, les organes des Länder sont des organes subordonnés aux organes centraux car selon l'article 37 de la Constitution fédérale "si un Land ne remplit pas les obligations de caractère fédéral qui lui incombent en vertu de la Loi fondamentale ou d'une autre loi fédérale, le gouvernement fédéral peut ... prendre les mesures nécessaires pour que le Land soit tenu, par voie de contrainte fédérale, de remplir ses obligations, " notamment en donnant "des instructions à tous les Länder et à leurs autorités"⁽¹¹⁶⁰⁾.

Ainsi que le constate les auteurs (¹¹⁶¹), cette menace de coercition est accompagnée par un développement croissant de la coopération entre la Fédération et les Etats fédérés, donnant naissance à ce que l'on appelle le fédéralisme coopératif, qui en R.F.A. a été institutionnalisé dans le cadre des "tâches communes"⁽¹¹⁶²⁾.

Cette institutionnalisation dissimule mal le déséquilibre des parties dans la mesure où la contrainte n'a pas été supprimée (on n'a pas d'ailleurs songé à instituer une procédure similaire au profit des Länder), d'une part et la coopération a un caractère "unilatéral" en ce que les Länder apparaissent les demandeurs exclusifs d'une aide que la Fédération consent à leur donner. L'Europe va mettre en oeuvre le modèle allemand d'organisation du pouvoir normatif.

Les Communautés Européennes ne disposent pas d'organes communautaires déconcentrés qui leur seraient propres. En conséquence, "les Etats membres prêtent aux Communautés le concours de leur organisation administrative pour l'application du droit communautaire. Ils arrêtent les règles nécessaires à l'exécution des traités et des actes pris pour leur

¹¹⁵⁹.S. RIALS *Destin du Fédéralisme*, p. 48, L.G.D.J. 1986

¹¹⁶⁰.Art.37 Constitution de la R.F.A. du 23/5/1949, *Les Constitutions de L'Europe des Douze*, p. 24 & 25

¹¹⁶¹.S. RIALS *Destin du Fédéralisme*, p. 60 & s, L.G.D.J. 1986, M. CROIZAT *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, p. 99 & s, MONTCHRESTIEN 1992, Y. MENY *Politique comparée*, p. 445 & s, MONTCHRESTIEN 1991

¹¹⁶².Art.91 a et 91 b de la Constitution de la R.F.A. modifiée par la loi fédérale du 12/5/1969

exécution"⁽¹¹⁶³⁾. Cependant cette règle de l'autonomie institutionnelle est liée à "la nécessité d'assurer l'uniformité, la primauté et l'applicabilité directe du droit communautaire "⁽¹¹⁶⁴⁾.

L'"effet utile" est l'expression maîtresse de cette situation, en ce qu'elle implique la subordination des Etats membres dans la mise en oeuvre du droit, à l'effectivité du droit communautaire. Si la règle de la primauté et celle de l'effet direct l'illustrent bien, elles ne résument pas la situation subordonnée des Etats. L'on peut invoquer aussi le constat de manquement ou le système décisionnel européen qui dans le cadre du Conseil met en oeuvre le principe de participation tout en développant la règle de l'adoption du droit communautaire à la majorité qui constitue "le mode de droit commun auquel font exception les dispositions imposant l'unanimité et celles imposant la majorité qualifiée "⁽¹¹⁶⁵⁾.

Le contrôle des Communautés sur la mise en oeuvre par les Etats du droit communautaire se manifestera aussi bien sur les organes étatiques dotés d'une faculté de statuer que sur ceux dotés d'une faculté d'empêcher.

¹¹⁶³.J.V. LOUIS L'ordre juridique communautaire, p. 165, Office des publications officielles des Communautés Européennes, 1990

¹¹⁶⁴.Ibid.

¹¹⁶⁵.J. BOULOUIS Droit institutionnel des communautés européennes, p. 139, MONTCHRESTIEN 1993. La majorité qualifiée de 54 voix est obtenu en affectant le vote de chaque Etat d'un coefficient pondérateur.

B) Le contrôle des Communautés sur la mise en oeuvre du droit communautaire

La volonté d'assurer l'effet utile du droit communautaire va se traduire par une mise à l'écart des organes législatifs étatiques et par un encadrement des actions étatiques.

1) La mise à l'écart des organes législatifs étatiques

Quelle que soit la volonté affichée (¹¹⁶⁶), la réalité d'une marginalisation des Parlements nationaux demeure (¹¹⁶⁷). Ceci est lié à la primauté du droit communautaire qui dans l'espace européen devient la norme seconde, la loi, (¹¹⁶⁸) dans le champ des compétences communautaires. Dès lors la "loi communautaire", nonobstant son absence de caractère démocratique et peut être en raison de cela, ne doit pas être confrontée à la "loi étatique". Le caractère "délicat" d'une telle confrontation et l'aspect plus rationnel de l'intervention des exécutifs est parfaitement souligné par J.V. LOUIS selon lequel " le caractère souverain du pouvoir législatif semble peu compatible avec la fonction d'exécution du droit communautaire, la procédure législative rouvre le débat politique sur le fond des dispositions communautaires arrêtées et la sanction de l'"insubordination" parlementaire est inefficace. En revanche, la procédure exécutive est, ... simple et rapide, l'exécutif qui a participé à l'élaboration de la règle au niveau du Conseil est mieux à même d'en apprécier la portée, sa mission spécifique est d'exécuter des dispositions qui limitent son pouvoir et, enfin, l'intervention du Gouvernement ne "dépossède" les Parlements que d'une compétence liée et formelle " (¹¹⁶⁹).

¹¹⁶⁶. Il n'est pas indifférent de noter que la déclaration annexée au traité de Maastricht et relative au rôle des Parlements nationaux dans l'Union Européenne n'envisage que " d'encourager une plus grande participation des parlements nationaux aux activités de l'Union européenne " et ceci prend la forme d'une intensification de " l'échange d'informations entre les parlements nationaux et le Parlement européen " d'une part et de la mise à disposition " des propositions législatives de la Commission ... pour leur information ou pour un éventuel examen ", d'autre part; p. 53 Traité de Maastricht, Imprimerie des Journaux Officiels, Paris

¹¹⁶⁷. G. JOLY & D. QUINTY Le rôle des Parlements Européen et Nationaux dans la fonction législative, Documents dactylographiés du Colloque " La commune, l'Etat et le Droit: Bicentenaire de la Révolution et marché unique européen ", 9 & 10 Novembre 1989, Faculté de droit de Tours

¹¹⁶⁸. Les traités constituent la norme première.

¹¹⁶⁹. J.V. LOUIS L'ordre juridique communautaire, p. 168, Office des publications officielles des Communautés Européennes, 1990

Le caractère lié et formel de la compétence des parlements ne serait pas choquant si tous avaient pu apprécier la compatibilité de cette dépossession avec leurs dispositions constitutionnelles. Or l'on sait que concernant la France, l'adoption des Traités n'a, ni été soumise à référendum, ni soumise à un examen de constitutionnalité préalable ⁽¹¹⁷⁰⁾. Le Conseil Constitutionnel saisi par le Président de la République de cette question à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité du traité de Maastricht l'a éludée en considérant qu'elle ne pouvait plus être posée dès lors que les traités étaient ratifiés et entrés en vigueur ⁽¹¹⁷¹⁾.

Dès lors, le droit communautaire n'est pas sans effet sur l'organisation du pouvoir normatif en France. Ceci se remarque aussi bien en matière de directives que de règlements. En effet, l'exécution des règlements communautaires étant considérée comme l'exécution d'une norme première, elle relève selon l'interprétation du Conseil d'Etat du pouvoir exécutif ⁽¹¹⁷²⁾ nonobstant les dispositions constitutionnelles répartissant dans la République la faculté de statuer des organes centraux (Parlement - Gouvernement). En matière de directives, l'avis du Conseil d'Etat du 20 mars 1964 permettait d'appliquer pour ces dernières, les dispositions constitutionnelles concernant la distinction loi - règlement, mais il apparaît que le règlement constitue le moyen privilégié de mise en oeuvre du droit communautaire ⁽¹¹⁷³⁾. Dans ces conditions, l'application en France de l'arrêt de la C.J.C.E. du 25 mai 1982 selon lequel "chaque Etat membre est libre de répartir comme il juge opportun, les compétences sur le plan

¹¹⁷⁰. La Constitution du 27/10/1946 permettait dans son article 91 de s'assurer de cela à l'occasion de l'examen de la loi de ratification des traités communautaires.

¹¹⁷¹. C.C.92-308 DC du 9/4/1992, R.D.P. 1992, p 608, Cf. dans le même ouvrage p. 589, l'étude de Y. LUCHAIRE qui note que le Conseil se démarque de sa jurisprudence du 25/1/1985 à propos de l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie (dans cette décision le juge a accepté d'examiner la constitutionnalité d'un texte à l'occasion de l'examen de celui qui le modifiait, C.C.25/1/1985 Décision 85-187 DC, A.J.D.A. 1985, p. 362, note P. WASCHMANN). La réponse du Conseil rend compte aussi de la complexité de la question posée: devait-il pour apprécier la constitutionnalité des traités se référer à la constitution de 1946 ? Comme il ne pouvait pas juger en qualité d'organe de contrôle de la constitutionnalité institué par celle-ci, il devait au titre de sa compétence dans la constitution de 1958 intégrer dans le bloc de constitutionnalité, la constitution de 1946; ce qui aurait été pour le moins original!! Ceci n'est peut être pas indifférent au contenu de sa décision.

¹¹⁷². C.E. 22/12/1978 Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux, A.J.D.A. Mars 1979, p 40, et R.D.P. 1979; p 1753-1754, confirmant ainsi l'avis du Conseil d'Etat du 20/3/1964 sur cette question.

¹¹⁷³. G. JOLY et D. QUINTY Le rôle des Parlements Européen et nationaux dans la fonction législative communautaire; Actes dactylographiés du colloque " La commune, l'Etat et le droit; Bicentenaire de la Révolution et Marché unique européen", p. 59 & s, Faculté de Droit de TOURS, 9 & 10 Novembre 1989. Les auteurs de ce rapport montrent le risque de marginalisation des parlements nationaux du fait des dispositions de l'Acte unique européen.

interne et de mettre en oeuvre une directive au moyen de mesures prises par les autorités régionales ou locales"⁽¹¹⁷⁴⁾, pourrait être envisagée et aurait un fondement constitutionnel: l'article 72 de la Constitution (¹¹⁷⁵).

Cette mise à l'écart des législatifs s'accompagne d'une surveillance des décisions étatiques en matière communautaire.

2) Le rôle subordonné des organes étatiques

La subordination des Etats dans la mise en oeuvre du droit communautaire et notamment des directives ne résulte pas exclusivement de l'application directe mais aussi des conditions fixées pour la mise en oeuvre du droit communautaire par une autorité étatique dotée d'une faculté d'empêcher ou de statuer.

Les Etats membres sont tenus par les délais fixés par les actes communautaires et particulièrement les directives, pour lesquelles l'absence de mise en oeuvre par le ou les organes étatiques compétents, dans le délai prévu débouche sur l'applicabilité directe.

Par ailleurs les Etats membres sont liés quant à la forme et aux moyens qu'ils utilisent pour mettre en oeuvre le droit communautaire.

Ceci se manifeste tout d'abord par la volonté d'éviter tout risque de confusion quant à la nature communautaire ou nationale de la norme juridique. En effet la Cour de Justice considère qu'aucun procédé " par lequel la nature communautaire d'une règle juridique serait dissimulée aux justiciables " (¹¹⁷⁶) n'est admissible. Cette jurisprudence de la Cour vise à lui garantir l'exclusivité de l'interprétation du droit communautaire, qui pourrait être contestée par l'intégration dans un texte national du droit communautaire.

¹¹⁷⁴.C.J.C.E. 25/5/1982 Commission c/ Pays-Bas, Recueil 1982, p. 1833, cité par J.V. LOUIS L'ordre juridique communautaire, p. 173, Office des publications officielles des Communautés, 1990

¹¹⁷⁵.Cette idée n'est pas partagée par tous, ainsi le rapport public du Conseil d'Etat pour 1992 rappelle que l'Etat est le " responsable exclusif de la mise en oeuvre du droit communautaire ".cf. p. 250 Rapport public 1992, LA DOCUMENTATION FRANÇAISE

¹¹⁷⁶.C.J.C.E. 10/10/1973 Variola, Rec. C.J.C.E. p. 990, cité par J.V.LOUIS L'ordre juridique communautaire, p. 174, Office des Publications officielles des Communautés 1990

Ensuite, la mise en oeuvre du droit communautaire doit être effectuée de telle façon que le caractère contraignant du droit communautaire ne fasse pas de doute. Ceci "exclut le recours à de simples pratiques administratives par nature modifiables au gré de l'administration et dépourvues de publicité adéquate "(¹¹⁷⁷). La mise en oeuvre doit respecter les formes prévues par le droit communautaire, telle l'obligation de motivation dont le non-respect est sanctionné par le Conseil d'Etat (¹¹⁷⁸).

La subordination s'esquisse clairement dans la communication obligatoire à la Commission des mesures nationales d'exécution avant leur entrée en vigueur. Cette consultation préalable peut être générale dans un domaine, tel celui des transports pour lequel le Conseil a établi l'"obligation pour les Etats membres de soumettre pour avis à la Commission tout projet de mesures législatives, réglementaires ou administratives susceptibles d'interférer d'une manière substantielle avec la politique commune "(¹¹⁷⁹). Elle peut être prévue de façon plus précise comme en matière d'aides à la construction navale (¹¹⁸⁰).

De la consultation préalable à l'approbation préalable, il n'y a qu'un pas qui a été effectué en matière agricole où la mesure nationale est soumise à une approbation expresse prononcée par la Commission sous forme d'une décision de conformité ou de non conformité qui conditionne le financement par des fonds communautaires (¹¹⁸¹).

Si les organes étatiques dotés d'une faculté de statuer sont étroitement contrôlés au point qu'ils peuvent être soumis à une faculté d'empêcher exercée par un organe communautaire central disposant d'une faculté de statuer communautaire, les organes étatiques dotés d'une faculté d'empêcher sont chargés d'exercer leur faculté au nom et pour le compte des Communautés.

¹¹⁷⁷.J. BOULOUIS Droit institutionnel des Communautés Européennes, p. 193, MONTCHRESTIEN 1993 et J.V.LOUIS précité p 175 & s

¹¹⁷⁸.C.E.9/7/1993 Assoc. F.O. Consommateurs, Droit Administratif Août - Septembre 1993, p. 13, n° 403

¹¹⁷⁹.J.V. LOUIS L'ordre juridique communautaire précité, p. 178

¹¹⁸⁰.Art.7 Directive du Conseil du 10/7/1975, citée par J.V. LOUIS ouvrage précité

¹¹⁸¹.Directive du 17/4/1972 relative à la politique agricole citée par J.V. LOUIS précité p. 177-178

L'arrêt *SIMMENTHAL* de la Cour de Justice fait obligation au juge national de laisser "inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale" et "d'appliquer intégralement le droit communautaire"⁽¹¹⁸²⁾.

L'ensemble de ces éléments montre la pertinence du propos de L.CARTOU qui écrivait que "pour l'exécution du Traité, l'Etat apparaît avec un second caractère qui lui est inhabituel: celui d'un exécutant hiérarchiquement subordonné "⁽¹¹⁸³⁾. La formule "L'Etat, degré d'une hiérarchie"⁽¹¹⁸⁴⁾ s'imposera d'autant mieux que la primauté et l'effet direct du droit communautaire constitueront la charpente du système.

II) Les piliers de l'organisation déconcentrée

L'affirmation de l'effet direct du droit communautaire a permis de vaincre " le maintien, dans une mesure plus grande que les textes ne le prévoyaient, de l'influence étatique au sein de la Communauté "⁽¹¹⁸⁵⁾; la consécration de la primauté du droit communautaire sera fondée sur le même constat qui "rend plus nécessaire, ..., la protection judiciaire directe des personnes privées "⁽¹¹⁸⁶⁾ (A). L'effet direct des directives consacrera la subordination des Etats membres en matière communautaire (B).

A) La primauté du droit communautaire

Cette primauté sera affirmée par l'arrêt de la Cour *Costa c. / Enel* du 15/7/1964 (¹¹⁸⁷), soit peu de temps après la reconnaissance de l'effet direct.

¹¹⁸².C.J.C.E. 9/3/1978 *SIMMENTHAL*, A.J.D.A. 1978, p. 323, note J. BOULOUIS

¹¹⁸³.L. CARTOU *Organisations européennes*, p. 149, DALLOZ 1967

¹¹⁸⁴.*Ibid.*

¹¹⁸⁵.M. LAGRANGE Avocat général près la C.J.C.E., cité par R. PINTO *Les Organisations européennes*, p. 275, PAYOT 1965

¹¹⁸⁶.*Ibid.* p. 149

¹¹⁸⁷.C.J.C.E. 15/7/64 *Costa c./ Enel*, p 158, tome 1, Recueil des grands arrêts de la C.J.C.E., DALLOZ 1991

Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si la loi de nationalisation de la production et de distribution de l'électricité en Italie devait s'appliquer à la place du traité en raison de son caractère postérieur à la loi d'approbation du traité. La Cour Constitutionnelle italienne le 7 mars 1964 avait fait prévaloir la loi de nationalisation.

Là encore la Cour de Justice des Communautés va fonder sa démarche sur "les termes et l'esprit du traité" pour affirmer l'existence d'un ordre juridique communautaire "intégré au système juridique des Etats membres" qui en tant que tel "s'impose à leur juridiction" nonobstant "une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait lui être opposable"⁽¹¹⁸⁸⁾.

L'effet direct qui procurait aux " particuliers l'occasion d'une action efficace pour la sauvegarde de leurs droits "⁽¹¹⁸⁹⁾, trouve dans cette décision un nouvel élan car " la primauté donne au juge national, devant lequel ces particuliers se présentent, la raison de passer outre les obstacles de son propre droit "⁽¹¹⁹⁰⁾.

Le principe de la primauté sera réaffirmé sans aucune ambiguïté puisque la Cour considérera que le juge national "saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire"⁽¹¹⁹¹⁾.

Effet direct et primauté du droit international sont fondés selon la Cour sur le souci de préserver les droits des particuliers et permettent de " développer "une identité juridique" du citoyen européen "⁽¹¹⁹²⁾. La place de cette préoccupation dans les décisions de la Cour fonde la reconnaissance de l'effet direct des directives.

¹¹⁸⁸.Ibid. p. 158

¹¹⁸⁹.Commentaire sous l'arrêt Costa c./Enel, p. 163, tome 1, Recueil des grands arrêts de la C.J.C.E.,DALLOZ 1991

¹¹⁹⁰.Ibid. p. 163

¹¹⁹¹.C.J.C.E. 9/3/1978 SIMMENTHAL, A.J.D.A. 1978 p. 323, note J.BOULOUIS

¹¹⁹².M. KLEUTGEN Droit européen, p. 80, TECHNIPLUS 1992

B) L'effet direct des directives

Les traités font participer les Etats membres à la production normative communautaire de façon essentielle dans le cadre des directives. En effet la compétence personnelle reconnue aux Communautés laisse place à des organes étatiques auxquels des facultés de statuer en matière communautaire sont reconnues par l'article 14 du traité C.E.C.A. et les articles 189 et 161 des traités C.E.E. et C.E.E.A.

Ces facultés de statuer reconnues à des organes étatiques en matière communautaire s'exercent en vue d'un résultat déterminé par la directive, l'Etat membre étant libre du choix de la forme et des moyens pour y parvenir.

Cependant pour respecter le principe de la compétence exclusive que nous avons posé pour définir les notions de centralisation et décentralisation, cette reconnaissance d'une faculté de statuer en matière communautaire au profit d'organes étatiques doit être accompagnée de sa subordination à celle reconnue aux organes communautaires centraux.

Les institutions communautaires ne disposant pas d'un pouvoir personnel sur les organes des Etats membres, cette subordination se manifestera par la reconnaissance de l'applicabilité directe des directives, traduisant ainsi un véritable pouvoir de substitution des organes communautaires aux organes étatiques.

Cette applicabilité directe posée par la Cour de justice se heurtait aux juridictions nationales et particulièrement au Conseil d'Etat français (1). Cependant les juridictions nationales vont évoluer progressivement vers l'admission de cet effet direct des directives, admission que le traité de Maastricht va rendre plus aisée en supprimant l'un des moyens de résistance (2).

1) L'affirmation contestée de l'effet direct des directives

La Cour de Justice consacre, par cette affirmation de l'effet direct des directives, un véritable pouvoir de substitution au profit des organes communautaires. Cet aspect n'est peut-être pas

indifférent pour justifier l'attitude initiale du Conseil d'Etat, en ce qu'il implique une atteinte à la séparation des pouvoirs telle que la conçoit la Haute juridiction administrative française.

a) L'affirmation de l'effet direct des directives

L'applicabilité directe des directives va être reconnue clairement dans l'arrêt Van DUYN (¹¹⁹³) de la Cour de Justice après qu'elle ait reconnu dans l'arrêt Sté S.A.C.E., la possibilité pour un particulier de se prévaloir du délai inscrit dans une directive (¹¹⁹⁴).

Pour la doctrine et les gouvernements des Etats membres, "il fallait conclure a contrario de l'article 189, alinéa 2, relatif au règlement, que les décisions adressées aux Etats membres et les directives n'avaient pas d'effet direct. La Cour de justice ... n'a pas suivi ce mode de raisonnement. Elle s'est prononcée en faveur de l'effet direct "vertical" des décisions et directives"(¹¹⁹⁵).

Cet effet direct repose sur l'absence "des mesures d'exécution requises" ou sur "des mesures non conformes à une directive"(¹¹⁹⁶). Ces deux éléments supposent d'une part qu'un délai soit donné pour l'exécution de la directive et avant l'expiration de ce délai, selon la Cour, la "directive ne saurait produire d'effet"(¹¹⁹⁷), et d'autre part que soit vérifiée la conformité des

¹¹⁹³.C.J.C.E. 4/12/1974 Van Duyn, Rec. C.J.C.E. p. 1337. Dans cet arrêt la Cour reprend le raisonnement tenu dans l'arrêt Grad à propos des décisions (C.J.C.E. 6/10/1970 Grad, recueil des Grands Arrêts de la C.J.C.E., p. 37)

¹¹⁹⁴.C.J.C.E. 17/12/1970 Sté S.A.C.E. Recueil des grands arrêts C.J.C.E. p. 42, DALLOZ 1991

¹¹⁹⁵.J.V. LOUIS L'ordre juridique communautaire, p. 119, Office des publications officielles des Communautés, 1990

¹¹⁹⁶.C.J.C.E. 6/5/1980 Commission c/ Belgique, Rec. C.J.C.E. p 1473

¹¹⁹⁷.J. BOULOIS Droit institutionnel des Communautés européennes, p. 239, MONTCHRESTIEN 1993; cf. aussi C.J.C.E. 5/4/1979 Ratti, rec. C.J.C.E. p. 1629

mesures d'exécution (¹¹⁹⁸) et plus généralement du droit national avec les dispositions de la directive (¹¹⁹⁹).

b) La contestation nationale française

Le Conseil d'Etat a, selon l'interprétation qu'en a donnée la doctrine, sonné la charge contre cette interprétation des traités dans son "arrêt Cohn - Bendit" en déclarant " que si ces directives lient les Etats membres "quant au résultat à atteindre" et si, pour atteindre le résultat qu'elles définissent, les autorités nationales sont tenues d'adapter la législation et la réglementation des Etats membres aux directives qui leur sont destinées, ces autorités restent seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution des directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire effet en droit interne; qu'ainsi, ..., les directives ne sauraient être invoquées par les ressortissants de ces Etats à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel"(¹²⁰⁰).

"L'esprit de rébellion" (¹²⁰¹) qu'exprimait cet arrêt était tout relatif car "l'arrêt Cohn - Bendit ouvrait la possibilité qu'une directive soit invoquée à l'appui d'un recours dirigé contre une mesure réglementaire contraire à une directive"(¹²⁰²).

Le fondement de ce refus de l'effet direct des directives tient au fait que selon le juge, le droit communautaire n'est pas intégré au bloc de constitutionnalité. Ceci résulte de la jurisprudence qui refuse de considérer que le contrôle d'une norme nationale au regard d'une norme

¹¹⁹⁸.C.J.C.E. 1/2/1977 Verband des Nederland Ondernemigen, rec. C.J.C.E. p. 127 (affaire dite des biens d'investissement). Le juge vérifie si la mise en oeuvre est restée " dans les limites d'appréciation tracée par (la) directive " J. BOULOUIS Droit institutionnel des Communautés européennes, précité, p. 238 et J.V. LOUIS L'ordre juridique communautaire, précité, p. 121

¹¹⁹⁹.C.J.C.E. 7/7/1981 REWE, Rec. C.J.C.E. p. 1837-1838, cité par J.V.LOUIS, L'ordre juridique communautaire, précité, p.124

¹²⁰⁰.C.E.22/12/1978 Cohn-Bendit, A.J.D.A. 1979, p. 41. Cette jurisprudence a été confirmée récemment, cf. C.E.14/12/1992 Commune de FRICHE-MESNIL, Droit administratif, Février 1993, p. 8, n+ 68, à propos d'une étude d'impact

¹²⁰¹.J.V. LOUIS L'ordre juridique communautaire, précité, p. 122

¹²⁰².Ibid. p. 122

internationale est assimilable à un contrôle de la constitutionnalité de la norme nationale (¹²⁰³).

S'agissant alors d'apprécier si les conditions de la supériorité reconnue par la Constitution aux traités sont réunies, le juge est amené à reconnaître la nécessité d'une intégration de la norme internationale et notamment communautaire dans l'ordre national. En effet cette supériorité n'est reconnue qu'aux normes internationales régulièrement ratifiées ou approuvées et sous réserve de leur "application par l'autre partie"(¹²⁰⁴).

Cependant le juge français à l'instar de ces collègues d'autres Etats membres, va progressivement faire prévaloir la norme communautaire sur la norme nationale, y compris dans l'hypothèse des directives.

2) L'admission de l'effet direct des directives par le juge national

Cette admission de l'effet direct s'est effectuée sur le fondement de l'article 55 de la Constitution et comme telle, elle est nécessairement contingente. Cependant l'intégration du droit communautaire au bloc de constitutionnalité que certains discernent, supprimerait cet aspect relatif de l'effet direct.

a) Une admission sous réserve

¹²⁰³.Cf. C.C.15/1/1975 I.V.G., recueil des grandes décisions du C.C., p. 357, SIREY 1975, dans laquelle le juge reprenant les dispositions de l'article 55 de la Constitution, considère que " la supériorité des traités sur les lois, ..., présente un caractère à la fois relatif et contingent " et qu'ainsi " une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution; ..."

Par ailleurs, dans ces conclusions relatives à l'arrêt NICOLO (C.E.20/10/1989) , le Commissaire du Gouvernement FRYDMAN, avec des motifs différents, réitère cette affirmation qui le conduit à déclarer que la suprématie de la norme internationale " n'a pas en elle-même entendu faire de la méconnaissance d'un traité par le législateur une cause d'inconstitutionnalité de la loi. Adopter la thèse inverse reviendrait d'ailleurs à inclure dans le bloc de constitutionnalité, ... l'ensemble des traités internationaux, ..." (souligné par nous); cf. R.F.D.A. 1989 p. 816

¹²⁰⁴.Art.55 Consitution française du 4/10/1958. Pour F. HERVOUET "la question de l'application par les autres parties ne se pose pas ..."; cette affirmation est contestable parce que le droit communautaire est à l'origine du droit international, d'une part et les traités mettent en place une procédure en constat de manquement d'Etat, démontrant ainsi que la question se pose effectivement, d'autre part; cf. F. HERVOUET Politique jurisprudentielle de la Cour de justice et des juridictions nationales. Réception du droit communautaire par le droit interne des Etats, R.D.P. 1992, p. 1270

Le Conseil Constitutionnel fait comme si les normes communautaires demeuraient des normes internationales puisqu'en effet sa jurisprudence réaffirme "la primauté de la Constitution sur le droit communautaire sans aller jusqu'à empêcher définitivement la mise en oeuvre ..." du droit communautaire ⁽¹²⁰⁵⁾.

Cette attitude est possible du fait de son intervention a priori ⁽¹²⁰⁶⁾ mais elle n'est guère compatible avec l'évolution constatée dans le comportement des juges nationaux chargés de la mise en oeuvre du droit communautaire et notamment du droit dérivé.

Le juge administratif français va reconnaître la supériorité du traité sur une loi contraire ⁽¹²⁰⁷⁾ et l'applicabilité directe des directives en droit français imposant l'abrogation d'un règlement ⁽¹²⁰⁸⁾ et la mise à l'écart de la loi qui autorise le Gouvernement à fixer le prix du tabac ⁽¹²⁰⁹⁾.

Pour arriver à cela, le juge administratif va se livrer à un exercice d'acrobatie qui va le conduire à reconnaître qu'"écarter une loi contraire à une norme internationale revient inévitablement à soulever, ... la question du contrôle exercé sur la validité de la loi au regard du traité ", tout en considérant que " la question de savoir si celui-ci pourrait s'analyser en un contrôle de constitutionnalité n'ayant en vérité d'intérêt propre que du seul point de vue du Conseil Constitutionnel, dont elle conditionne la compétence "⁽¹²¹⁰⁾.

Pour le Commissaire du Gouvernement FRYDMAN, " l'article 55 comporte nécessairement, par lui-même, une habilitation donnée implicitement aux juges à l'effet de contrôler la conformité des lois aux traités "⁽¹²¹¹⁾.

¹²⁰⁵.F. HERVOUET, Politique jurisprudentielle de la Cour de justice et des juridictions nationales. Réception du droit communautaire par le droit interne des Etats, p. 1268, R.D.P. 1992

¹²⁰⁶.Ibid.

¹²⁰⁷.C.E.20/10/1989 NICOLO, R.F.D.A. 1989, p. 813 et s, Concl. P.FRYDMAN et note B. GENEVOIS

¹²⁰⁸.C.E. 3/2/1989 Cie Alitalia, R.F.D.A. 1989, p. 391, Concl. N.CHAHID-NOURAÏ, notes de L. DUBOUIS & de O. BEAUD

¹²⁰⁹.C.E. 28/2/1992 Sté anonyme Rothmans International France, R.F.D.A. 1992, p. 425, note L.BOULOUIS

¹²¹⁰.P. FRYDMAN Conclusions sur l'arrêt NICOLO précité, R.F.D.A. 1989, p. 816

¹²¹¹.Ibid. p. 817

Or ceci implique nécessairement une lecture dualiste de la constitution de 1958, en phase ici avec le Conseil Constitutionnel. Ceci ressort des conclusions du Commissaire du Gouvernement FRYDMAN ⁽¹²¹²⁾ concernant la condition de réciprocité, de celles du Commissaire du Gouvernement CHAHID-NOURAI ⁽¹²¹³⁾ concernant la date d'entrée en vigueur de l'obligation de résultat fixée par la directive, de celles du Commissaire du Gouvernement REY relatives au caractère suffisamment précis de leur contenu ⁽¹²¹⁴⁾.

En toute logique avec cette jurisprudence, le juge administratif a été ainsi conduit à interpréter la norme internationale, domaine normalement réservé à l'Exécutif, mais dans lequel le juge s'est inséré ⁽¹²¹⁵⁾. Le Conseil d'Etat a par ailleurs apporté un début de réponse au Professeur J.F. LACHAUME, qui, dans sa note sous l'arrêt G.I.S.T.I. s'interrogeait " sur certains aspects du régime juridique des traités ..." ⁽¹²¹⁶⁾ et particulièrement sur les conditions " de l'introduction du traité ou de l'accord international dans l'ordre juridique interne ". En effet le Conseil d'Etat a limité son contrôle sur une décision de suspension d'un acte international à celui de l'existence de la décision et de sa publicité ⁽¹²¹⁷⁾.

Or en matière communautaire, le juge administratif français accepte en fait l'interprétation donnée par la Cour de Justice des Communautés de la norme internationale comme le montre la décision S.A. Rothmans ... du 28 février 1992 dans laquelle le juge français revient sur son interprétation du traité et de la directive pour se conformer à celle donnée par la Cour ⁽¹²¹⁸⁾.

¹²¹².Ibid. p. 821

¹²¹³.N.CHAHID-NOURAI conclusions sur l'arrêt Cie Alitalia, R.F.D.A. 1989, p. 401 & s

¹²¹⁴.J.L. REY Conclusions sur le jugement du T.A. de PAU 2/12/1992, R.F.D.A.1992, p. 283. Ce contrôle de l'applicabilité de la directive était contenu dans la jurisprudence Cohn-Bendit puisque le Conseil d'Etat écartait l'application de la directive " quelles que soient d'ailleurs les précisions qu'elles contiennent à l'intention des Etats Membres " cf. A.J.D.A. Mars 1979, p 41

¹²¹⁵.C.E. 29/6/1990 G.I.S.T.I., R.F.D.A. 1990, p. 923, note J.F. LACHAUME

¹²¹⁶.Ibid. p. 937

¹²¹⁷.C.E.18/12/1992 Préfet de la Gironde c/ M.MHAMEDI, R.F.D.A.1993, p.. 333, Concl. F. LAMY et note D. RUZIE

¹²¹⁸.cf. commentaire L. DUBOUIS sous C.E.28/2/1992, R.F.D.A. 1992, p. 427

Cependant il y a un point sur lequel le raisonnement fondé sur la primauté apparente de la constitution, c'est à dire l'analyse dualiste du juge national, viendra nécessairement buter: la réciprocité. En effet en affirmant que le contrôle de la conformité du droit national au droit communautaire n'est pas un contrôle de constitutionnalité, le juge national se réserve la possibilité d'écarter la norme communautaire si elle n'est pas exécutée par toutes les parties. Le juge constitutionnel a réaffirmé la portée de la règle de la réciprocité en déclarant qu'" elle affecte la supériorité des traités ou accords sur les lois "(¹²¹⁹). Le juge administratif a fait de même en renvoyant au Ministre le soin de déterminer si l'application d'un accord par un partenaire de la France pouvait priver ce traité de l'autorité que lui confère la Constitution (¹²²⁰). Le juge judiciaire a établi une jurisprudence différenciée selon que la norme internationale en cause était évoquée en matière criminelle ou civile (¹²²¹).

Dans le domaine des directives communautaires, l'absence de mise en conformité de la législation nationale est une hypothèse que les rédacteurs des traités avaient envisagé puisque cela constitue une justification de l'action de manquement d'Etat (¹²²²), mais la Cour de justice a rejeté la possibilité pour les Etats d'invoquer cette absence d'exécution par une partie pour justifier leur propre inaction (¹²²³). Il semblerait qu'en établissant l'effet direct des directives, la

¹²¹⁹.C.C.30/12/1980 Décision 80-126 Loi de finances pour 1981, R.D.P. 1982, p 150, note L. PHILIP p. 127, à propos des droits applicables aux alcools dans la loi de finances dans le cadre de la législation des communautés

¹²²⁰.C.E.29/5/1981 REKHOU, R.D.P. 1981, p. 1707. Les conclusions du Commissaire du Gouvernement THERY soulignent la divergence d'appréhension de la question par le Conseil d'Etat et le Conseil Constitutionnel. Selon lui, il s'agit d'une question relative, non à la supériorité du traité sur la loi, mais à l'applicabilité du traité. B. GENEVOIS interprète cette décision REKHOU dans le sens des conclusions du Commissaire du Gouvernement THERY, cf. Actes du Colloque Conseil Constitutionnel - Conseil d'Etat 21 & 22/1/1988, p. 211, L.G.D.J. & MONTCHRESTIEN, 1988. D'autres auteurs considèrent que les décisions du Conseil d'Etat ne permettent pas de trancher entre les deux thèses, cf. J.F. LACHAUME L'interprétation par le juge administratif des conventions internationales, p. 938, R.F.D.A. 1990 et D. RUZIE commentaire sous C.E. 27/2/1987 NGUYEN VAN GIA, R.F.D.A. 1987, p. 669

¹²²¹.B. GENEVOIS Le droit international et droit communautaire, p. 210, Actes du colloque Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat des 21&22/1/1988, L.G.D.J.-MONTCHRESTIEN 1988. Concernant le juge judiciaire, l'auteur montre (p. 210, note 7) que l'attitude des Chambres de la Cour de Cassation peut être divergente dans la mesure où " la Chambre criminelle considère qu'en cas de contestation sérieuse sur le respect de la condition de réciprocité, il doit être procédé à un renvoi préjudiciel au ministre ..." alors que la 1ère Chambre civile considère que l'absence de dénonciation de la convention ou d'action du Gouvernement pour la suspendre interdit " aux juges d'apprécier le respect de la condition de réciprocité ".

¹²²².J. BOULOUIS souligne la " croissance considérable des arrêts de la Cour sur des actions en manquement d'Etat " attestant ainsi " d'une élévation progressive du degré de résistance étatique à l'observation du droit communautaire ". Droit institutionnel des Communautés européennes, p. 347-348, MONTCHRESTIEN, 1993

¹²²³.C.J.C.E. 14/12/1971 Commission c/Gouvernement de la République française, Recueil des Grands Arrêts C.J.C.E., n° 35, p. 187, DALLOZ 1991

Cour ait voulu se donner une arme additionnelle à l'action en manquement en vue de "convaincre" les Etats du nécessaire respect du droit communautaire et de la mise en oeuvre des obligations en découlant selon elle.

Ces attitudes profondément divergentes des juridictions nationales et communautaires laissent augurer quelques tensions futures même si une première évolution tendant à supprimer la justification d'un éventuel affrontement a été constatée en ce qui concerne le Conseil Constitutionnel.

b) une réserve en voie de disparition ?

Le traité de Maastricht va produire un effet original sur le bloc de constitutionnalité en France, dans la mesure où dans sa décision 92-312 DC du 2/9/1992 relative au contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht (¹²²⁴), le Conseil Constitutionnel intègre ainsi que le montre E.PICARD (¹²²⁵), l'article 8 B du traité dans le bloc de constitutionnalité. En effet, concernant le droit de vote des ressortissants communautaires, l'article 88-3 de la constitution dispose qu'il s'exerce " selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union Européenne". Or; celui-ci renvoie à une décision du Conseil des Ministres qui déterminera les modalités de la participation des étrangers européens aux élections municipales. C'est donc, non seulement le Traité mais aussi la décision du Conseil des Ministres que devra respecter la loi organique (¹²²⁶) prévue par l'article 88-3 de la Constitution.

Le principe contenu dans cette décision, peut-il comme le pense E. PICARD constituer l'annonce d'une intégration du droit communautaire en général dans le bloc de constitutionnalité? Une telle éventualité pourrait être une solution aux contradictions soulevées précédemment mais cela suppose de ne pas prendre en considération que

¹²²⁴.C.C.92-312 DC du 2/9/1992 Traité sur l'Union européenne, R.F.D.A. 1992, p. 950. Le Conseil était saisi ici dans le cadre de l'article 54 révisé de la Constitution

¹²²⁵.E. PICARD Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen ? R.F.D.A. 1993, p. 47 & s

¹²²⁶.La prévision de cette loi organique laisse supposer que la réforme sera mise en oeuvre par une directive comme semble le confirmer la proposition ancienne (23/10/1989) de la Commission d'une directive sur " le droit de vote des ressortissants des Etats membres aux élections municipales "cf. F. LUCHAIRE L'Union Européenne et la Constitution, R.D.P. 1992, p. 941

l'hypothèse de l'article 88-3 est particulière car fondée sur un renvoi exprès au traité, d'une part et d'occulter l'article 55 de la Constitution et notamment la disposition relative à la réciprocité, d'autre part.

Il convient de remarquer que la condition de réciprocité qui a été expressément rappelée concernant le Traité de Maastricht dans les articles 88-2 et 88-3 de la constitution révisée, ne traduit pas nécessairement une répétition dans ces articles de la disposition générale de l'article 55 (¹²²⁷). Il semblerait que cette condition de réciprocité renvoie à celle inscrite au 15^{ème} alinéa du préambule de 1946 (¹²²⁸) et que le Conseil Constitutionnel avait explicitée dans sa décision du 4 Avril 1992.

Ces éléments sans éliminer toute ambiguïté, sont de nature à permettre au Conseil Constitutionnel et autres juridictions nationales d'écarter l'article 55 de la Constitution en matière communautaire, supprimant ainsi tout risque de divergence entre la Cour de Justice et ces juridictions.

Ceci permettra au droit communautaire posé par une directive de faire écran, obstacle à l'application du droit national et notamment à l'application de principes structurant notre droit tels celui de la liberté du commerce et de l'industrie ou celui d'égalité à l'instar de ce que décrivait R. KOVAR à propos de l'application des règlements communautaires par le juge administratif (¹²²⁹).

Progressivement sur ces piliers, primauté et effet direct du droit communautaire, s'est organisée la déconcentration législative communautaire. Or comme nous avons vu que la

¹²²⁷.F. LUCHAIRE dans son article "L'Union Européenne et la Constitution (R.D.P. 1992, p. 933) a souligné que cette réserve de réciprocité était "un facteur de complication" (Ibid. p. 940). S'agit-il d'une réserve relative à l'entrée en vigueur du traité (cf. décision 92-308 DC du C.C. du 9/4/1992) ou d'une réserve concernant son applicabilité ? Pour F. LUCHAIRE la réciprocité en cause concerne la ratification du traité par les parties et non les conditions de son application (Ibid. p. 962).

¹²²⁸.C'était l'opinion du Gouvernement comme l'avait exprimé devant la commission de l'Assemblée Nationale, le garde des Sceaux M. VAUZELLE (Rapport A.N. n 2676 de G.GOUZES, p. 43, Docs. A.N. Seconde session ordinaire 1991-1992). Le Sénat n'a pas appréhendé ainsi cette condition de réciprocité qui pour lui renvoie à l'article 55 de la Constitution (Rapport Sénat n 375 de J. LARCHE p. 80, Docs. Sénat Seconde session ordinaire de 1991-1992)

¹²²⁹.R. KOVAR Le droit national d'exécution du droit communautaire: Essai d'une théorie de l'"écran communautaire", Mélanges J.BOULOUIS, p. 341 & s

compétence matérielle ne cessait de croître, la question de la nature fédérale ou unitaire de l'ordre juridique communautaire repose sur la préservation de la faculté de statuer des Etats membres.

Sous - Paragraphe II) La Communauté, une organisation du pouvoir normatif de type fédéral ?

La garantie des facultés de statuer des Etats membres repose à la fois sur la reconnaissance de celles-ci par un organe juridictionnel communautaire et sur la possibilité pour les Etats membres de s'opposer à la loi communautaire. L'exercice du recours en annulation et du renvoi préjudiciel qui constituent le premier moyen, a déjà été étudié; il reste à examiner si les Etats membres peuvent s'opposer directement à une "loi communautaire".

Cette possibilité demeure juridiquement inexistante mais politiquement ses contours se dessinent. En effet un certain souci de préservation du principe de spécialité s'est manifesté dans la Communauté. Il s'exprime par l'affirmation communautaire du principe de subsidiarité (A) et par une intrusion unilatérale du Parlement de la République dans la procédure normative communautaire (B).

A) La subsidiarité, élément de la garantie de la faculté de statuer des Etats membres

La notion était contenue en filigrane dans les traités C.E.C.A. et C.E.E. (¹²³⁰); le premier prévoyant à l'article 5 que "la Communauté accomplit sa mission ... avec des interventions limitées", le second concernant les directives prévoit qu'elles lient simplement "quant au résultat à atteindre". Elle n'avait pas, semble-t-il, été un instrument utilisé par la Cour de Justice pour limiter les compétences communautaires au regard des Etats membres, mais tout au plus pour contraindre les institutions communautaires à observer la règle de la proportionnalité (¹²³¹).

¹²³⁰.F. BERGER Le principe de subsidiarité en droit communautaire, p. 41, LES PETITES AFFICHES 1992, n° 79

¹²³¹.Ibid. p. 42

Son institutionnalisation apparaît dans l'Acte unique européen à propos de la compétence reconnue aux institutions en matière d'environnement (¹²³²) et elle est confirmée d'une façon générale par l'article 3 B du traité de Maastricht (¹²³³).

Cependant l'analyse des dispositions du traité montre que la reconnaissance de la subsidiarité constitue une simple ébauche de garantie des facultés de statuer des Etats membres, tant en raison de son champ d'application que des conditions de sa mise en oeuvre.

1) La réduction du champ d'application du principe

Cette limitation de la portée de la reconnaissance de la subsidiarité découle du domaine où elle s'applique et de l'organe chargé de le faire respecter.

Selon le deuxième alinéa de l'article 3 B du traité de Maastricht, le principe de subsidiarité ne s'applique que dans les matières dans lesquelles la Communauté ne dispose pas d'une compétence exclusive. Dans sa présentation du traité de Maastricht, la Commission a pris soin de souligner cette restriction (¹²³⁴).

Cependant dans les matières de la compétence exclusive de la Communauté, celle-ci serait soumise pour l'exercice de sa faculté de statuer au respect du principe de proportionnalité en vertu du dernier alinéa de l'article 3 B du traité. A l'instar de la spécialité, la proportionnalité serait donc un des éléments du principe de subsidiarité.

¹²³².Art.130 paragraphe 4 du traité C.E.E.

¹²³³.Art.3B traité de Maastricht: " La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent Traité. Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent Traité ".

¹²³⁴. Présentant le principe, la Commission pour le définir écrit: " Le traité propose dans un article spécifique l'approche suivante: il précise que la Communauté agit " dans les limites des compétences qui lui sont conférées ...". Pour le reste, c'est à dire " dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, ...". Commission Européenne - Bureau de représentation en France, L'Union européenne-le traité de Maastricht, p. 30, Février 1992

Le principe de subsidiarité serait susceptible d'avoir une réelle efficience dans la préservation des facultés de statuer étatiques si sa mise en oeuvre pouvait relever d'organes des Etats membres. Or pour l'instant son application est confiée à la Cour de Justice, organe central, dont la Commission nous dit, qu'elle devrait limiter son contrôle sur le respect du principe, en ne sanctionnant que l'erreur manifeste d'appréciation (¹²³⁵). Les projets de contrôle politique du principe de subsidiarité alimentent les conversations, mais leur crédibilité apparaît réduite, dans la mesure où le Sénat européen, que l'on évoque à ce propos, ne disposerait pas d'un droit de veto d'une part et qu'il s'agirait encore d'un organe central, d'autre part (¹²³⁶).

La portée restreinte du principe de subsidiarité apparaît aussi dans les conditions de sa mise en oeuvre.

2) La limitation de la portée du principe par ses conditions de mise en oeuvre

Selon les termes du traité, l'intervention de la Communauté est subordonnée à deux conditions cumulatives:

- l'absence de satisfaction des objectifs du traité,
- l'incapacité absolue ou relative des Etats membres à satisfaire " de manière suffisante " les objectifs du traité.

Ces deux conditions montrent bien l'ambiguïté du principe de subsidiarité qui "permet d'élargir l'action de la Communauté lorsque les circonstances l'exigent et, inversement de la restreindre lorsqu'elle n'est plus justifiée" (¹²³⁷). L'élargissement ou la diminution de la compétence communautaire sera donc fonction de l'interprétation de ces deux conditions, ce qui met plus encore en évidence l'importance de celui ou ceux qui seront appelés à formuler cette appréciation.

¹²³⁵.Ibid. p. 31

¹²³⁶.F. BERGER Le principe de subsidiarité en droit communautaire, p. 43, LES PETITES AFFICHES, n° 79, 1992

¹²³⁷.Conseil Européen d'Edimbourg du 12/12/1992, cité dans le rapport public du Conseil d'Etat pour 1992, p. 25, LA DOCUMENTATION FRANÇAISE

Si ce devait être la Cour de Justice et afin que le principe de subsidiarité ait une portée réelle, il faudrait que l'intervention communautaire fasse suite à un constat de manquement d'Etat, procédure visant justement à constater le défaut de respect de ses obligations conventionnelles par un Etat. En effet, cette procédure permettrait de rapporter l'absence de satisfaction aux objectifs du traité, d'une part et l'incapacité de l'Etat d'y satisfaire seul, d'autre part. Le caractère contradictoire de la procédure favoriserait aussi la mise en oeuvre du principe de subsidiarité, même si la décision relevait exclusivement de la Cour (¹²³⁸).

Le respect de cette procédure préalable, par laquelle la Cour de Justice rapporterait l'existence de l'insatisfaction des objectifs du traité, ne semble pas devoir être retenue pour deux motifs essentiels. Le premier a trait au fait que la procédure en manquement d'Etat est traitée de façon "diplomatique" par la Commission, comme en atteste " le nombre de procédures engagées par la Commission et le nombre des arrêts rendus " (¹²³⁹). Ce caractère "diplomatique" n'apparaît pas compatible en raison de son aspect individualiste, avec le caractère général et objectif présenté par la préservation de la faculté de statuer des Etats membres. En tout état de cause, même si la procédure du manquement d'Etat constituait le préalable nécessaire à l'intervention communautaire, il reviendrait à la Cour de justice d'en constater la réalité, aboutissant à déplacer en aval de l'intervention des institutions sa justification, conduisant ainsi la Cour à s'octroyer une part dans le droit d'initiative que les traités réservent à la Commission.

En conséquence si la reconnaissance du principe de subsidiarité constitue l'ébauche d'une qualification fédérale de l'ordre communautaire, il ne satisfait pas concrètement à cette exigence. Ceci justifie que les Parlements nationaux et particulièrement le Parlement de la République, tentent d'imposer unilatéralement son respect.

¹²³⁸.En Autriche, ce débat contradictoire existe lorsqu'il y a discussion sur la compétence respective des organes centraux et non centraux, cf. C.S. DOUIN Le fédéralisme autrichien, p. 136, L.G.D.J.1977. Il convient de rappeler à cet égard que l'intervention des Etats membres dans une procédure devant la Cour de justice des Communautés est admise, ce qui dans notre hypothèse permettrait à l'instar du système autrichien, d'élargir le débat même si d'aucuns considèrent que cela " réintroduit un important élément subjectif " M. ISAAC cité par M.C. BERGERES Contentieux communautaire, p. 107, Coll. Droit fondamental, P.U.F.1989

¹²³⁹.M.C. BERGERES Contentieux communautaire, p .180, Coll. Droit fondamental, P.U.F. 1989. L'auteur fait état d'un rapport de "vingt contre un".

B) L'intervention du Parlement français en vue de garantir la faculté de statuer de la République

Les parlementaires français marginalisés, peut être plus encore que leurs collègues des autres Etats membres, ont réagi afin de n'être pas totalement absents des débats européens. Cette réaction s'est manifestée par la création dans chaque assemblée d'une délégation parlementaire pour les Communautés européennes (¹²⁴⁰). Ces délégations ont exclusivement une mission d'information des assemblées sur l'activité des communautés et pour leur permettre d'exercer leur activité, "le Gouvernement leur communique, dès leur transmission au conseil des Communautés, les projets de directives et de règlements et autres actes communautaires ... "⁽¹²⁴¹⁾.

Le traité de Maastricht, dont la ratification était subordonnée à une modification préalable de la Constitution (¹²⁴²), va donner l'occasion aux parlementaires français de renforcer leur présence dans le processus décisionnel communautaire. Les deux chambres seront à l'origine d'une initiative de nature à assurer une certaine effectivité au principe de subsidiarité; seule celle émanant de l'Assemblée Nationale a abouti partiellement.

1) L'initiative du Sénat

La Haute Assemblée proposa, lors du débat sur la révision constitutionnelle, de modifier l'article 54 de la Constitution, qui prévoit la possibilité de soumettre au Conseil Constitutionnel, un engagement international avant qu'il ne soit approuvé ou ratifié. L'amendement sénatorial ouvrait à 60 députés ou sénateurs la possibilité de saisir le Conseil Constitutionnel au titre de l'article 54. La proposition n'était pas vraiment utile (¹²⁴³), mais elle n'était pas choquante. Elle le devint, lorsque vint s'y adjoindre un sous-amendement étendant

¹²⁴⁰.loi 79-564 du 6/7/1979 modifiant l'ordonnance 58-1100 du 17/11/1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, J.O. Juillet 1979, p. 1643

¹²⁴¹.Art.VI bis paragraphe IV de l'ordonnance modifiée 58-1100 du 17/11/1958

¹²⁴².C.C.9/4/1992 Décision 92-308 DC, cf. F.LUCHAIRE L'Union européenne et la Constitution, R.D.P. 1992, p. 589

¹²⁴³.En effet le Conseil Constitutionnel a accepté de contrôler la constitutionnalité d'un acte international soumis à approbation parlementaire, cf.C.C.29 & 30 décembre 1976 Décision 76-71 DC relative à l'élection de l'Assemblée européenne, R.D.P. 1977, p. 129 & s, note L. FAVOREU et L. PHILIP

cette possibilité aux actes communautaires. Or, ainsi que nous l'avons vu et que le rappelle F. LUCHAIRE " les actes communautaires ne sont pas soumis à l'approbation des Etats "(¹²⁴⁴) en raison de l'effet direct du droit communautaire.

La grossièreté de l'attaque conduisit le Gouvernement à se focaliser sur le sous-amendement pour en obtenir le rejet et à méconnaître ainsi la portée de l'amendement initial.

En effet la saisine du Conseil Constitutionnel par 60 parlementaires à propos de la constitutionnalité d'un acte international à ratifier, est susceptible de permettre aux parlementaires, par Conseil Constitutionnel interposé à s'immiscer dans la procédure normative européenne.

Parallèlement à sa fonction normative communautaire stricto sensu, le Conseil des Ministres des Communautés constitue une instance de coopération intergouvernementale par dédoublement fonctionnel (¹²⁴⁵), qui donne naissance à ce que J. BOULOUIS nomme du "droit complémentaire"(¹²⁴⁶).

Ce "droit complémentaire" se manifeste par des conventions dont certaines découlent de la mise en oeuvre de dispositions des traités (¹²⁴⁷) mais qui peuvent concerner aussi " des problèmes qui ne sont pas régis par le Traité; ou sur des points qui ne sont qu'en partie régis par le Traité"(¹²⁴⁸).

Manifestement ces accords qui ne sont pas des actes communautaires au sens strict (¹²⁴⁹) sont susceptibles de permettre aux parlementaires français d'agir sur le Gouvernement de la

¹²⁴⁴.F. LUCHAIRE L'Union Européenne et la Constitution, p. 951, R.D.P. 1992

¹²⁴⁵.J. BOULOUIS Droit institutionnel des Communautés européennes, p. 201, MONTCHRESTIEN 1993

¹²⁴⁶.Ibid. p. 200

¹²⁴⁷.ex l'art. 220 du traité C.E.E. prévoit: "Les Etats membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants ..."

¹²⁴⁸.J. RIDEAU Accords internationaux, Encyclopédie DALLOZ COMMUNAUTAIRE, n° 194 & s.

¹²⁴⁹.Ibid. L'auteur remarque et ce n'est pas indifférent ici, que l'affaire de l'A.E.T.R. montre que la Cour se réserve le droit de requalifier un accord international en acte communautaire.

République et ainsi de s'immiscer dans le processus décisionnel européen, en agitant la "menace" d'une saisine du Conseil Constitutionnel.

Cependant cette modification constitutionnelle ne doit pas être surévaluée, d'une part parce que le Conseil Constitutionnel pouvait être saisi par la voie de l'article 61 (¹²⁵⁰), et d'autre part parce que l'efficacité de l'article 54 au regard du principe de subsidiarité, est très réduite puisqu'elle permet la saisine du Conseil avant l'approbation parlementaire et non avant la signature de l'acte international. L'accord de SCHENGEN signé le 14 juin 1985 et dont la loi de ratification a donné lieu à saisine du Conseil sur la base de l'article 61, démontre la faible portée de la modification de l'article 54, puisque les parlementaires ont été dans ce cas longtemps ignorés (¹²⁵¹).

Cette modification constitutionnelle ne permet pas d'agir en amont de la signature de l'accord, ce qui explique, sans doute, que le sous-amendement prévoyait cette procédure pour les actes communautaires, pour lesquels l'Assemblée nationale avait, elle, obtenu que le Parlement soit saisi dès le stade de la proposition.

¹²⁵⁰.C.C.29 & 30/12/1976 décision précitée

¹²⁵¹.M. CHAUCHAT Schengen ou l'élimination des frontières physiques, p. 29, R.J.C.O., numéro spécial Avril 1992

2) L'initiative de l'Assemblée Nationale

Lors de la première lecture du projet de loi révisant la Constitution en vue de la ratification du traité de Maastricht, la commission des lois rejeta plusieurs amendements visant à renforcer le rôle des Parlements nationaux dans la procédure normative communautaire (¹²⁵²). Sur proposition de son rapporteur, elle adopta toutefois un amendement " selon lequel le Gouvernement communique pour avis au Parlement, dès leur transmission au Conseil des Ministres des Communautés, les propositions d'actes communautaires intéressant les matières visées à l'article 34 de la Constitution"(¹²⁵³). Cet amendement modifié pour faire référence "aux dispositions de nature législative" fut adopté par l'Assemblée Nationale et ensuite par le Sénat qui substitua aux avis le terme "résolution".

Le Gouvernement craignait que de cette consultation du Parlement, ne résulte une subordination de son représentant au Conseil des Ministres des Communautés et souhaitait que l'avis émane non des Assemblées mais de la délégation créée dans chacune d'elle par la loi du 6/7/1979.

Cette inquiétude gouvernementale explique que cette tentative d'institution d'une faculté d'empêcher les organes communautaires n'ait pas abouti avec la complicité de parlementaires, qui redoutaient la contestation de l'esprit de la Constitution, qu'une telle autorité parlementaire impliquait.

Le texte adopté par le Parlement constitue politiquement une avancée limitée, qui exprime en outre le piétinement de l'instauration juridique d'une réelle faculté d'empêcher au profit des Etats membres. En d'autres termes la procédure est marginale tant dans l'ordre interne que communautaire.

¹²⁵².cf. Rapport n 2676 de G.GOUZES au nom de la Commission des lois ...sur le projet de loi constitutionnelle ajoutant à la Constitution un titre: " De l'Union européenne", p 93 & s, Assemblée Nationale, 2de session ordinaire 1991-1992

¹²⁵³.Ibid. p. 81-82

a) La marginalité de la procédure au plan interne

La modification constitutionnelle intervient à un moment où chacun se plaît à souligner la nécessité de renforcer le rôle des parlements nationaux dans la construction communautaire et à un instant où il était difficile d'y faire obstacle puisque la révision était exigée par la ratification du traité de Maastricht qui affirmait dans une déclaration annexée ⁽¹²⁵⁴⁾, l'importance "d'encourager une plus grande participation des parlements nationaux aux activités de l'Union européenne"⁽¹²⁵⁵⁾.

Cette intrusion souhaitée mais unilatérale, en l'espèce, du Parlement de la République apparaît d'autant plus opportune que l'Acte unique européen avait modifié l'article 100 du traité C.E.E., en permettant désormais l'harmonisation des législations des Etats membres par des règlements communautaires et non plus exclusivement par des directives comme auparavant. Or si la directive peut laisser place à la loi nationale, le règlement l'exclut du fait de son applicabilité directe.

Le caractère marginal de la disposition constitutionnelle découle de la limitation des hypothèses impliquant une saisine des Assemblées et de la volonté de pondérer l'effet politique de l'avis des Assemblées.

L'article 88-4 de la Constitution révisée ne prévoit la soumission aux Assemblées que des actes communautaires "comportant des dispositions législatives " et le Conseil Constitutionnel considère qu'il s'agit d'actes " portant sur les matières que l'article 34 réserve à la loi "⁽¹²⁵⁶⁾.

Le Sénat, examinant la loi adoptée par la chambre basse, aura donc eu beau jeu de souligner que le texte qui lui était transmis par l'Assemblée Nationale ne faisait d'une part, que constitutionnaliser " un dispositif déjà en vigueur ", en se référant à l'ordonnance 58-1100 du 17/11/1958 relative au fonctionnement des assemblées et d'autre part qu'il était plus restrictif

¹²⁵⁴. Ceci n'est pas indifférent à la place des Parlements reconnue par le Traité

¹²⁵⁵. Traité sur l'Union européenne, p 52, Imprimerie des J.O.R.F. Paris

¹²⁵⁶. F. LUCHAIRE L'Union européenne et la Constitution - La révision constitutionnelle-Commentaire de la loi constitutionnelle du 25/6/92, R.D.P. 1992, p. 947

que les dispositions en vigueur puisqu'il ne vise que "les actes communautaires de caractère législatif"⁽¹²⁵⁷⁾.

Par ailleurs le Gouvernement n'est tenu de suivre cette procédure que pour les propositions d'actes communautaires, ce qui par renvoi à la procédure décisionnelle communautaire, ne vise que les propositions de la Commission et ignore donc les hypothèses dans lesquels le Conseil joue le rôle d'une structure de coopération intergouvernementale.

Enfin et peut-être plus fondamentalement, la révision évite soigneusement que l'avis des Assemblées soit politiquement trop lourd. Le terme "résolution" utilisé dans l'article pourrait laisser croire par référence à la pratique de la Troisième République, que le Gouvernement serait contraint par leur contenu. Cette idée audacieuse a été repoussée par le Conseil Constitutionnel qui a rappelé à cet égard (¹²⁵⁸) une jurisprudence ancienne (¹²⁵⁹).

L'influence relativement limitée des résolutions découle du fait que " cette "soumission" ne donnera pas lieu à une loi votée par le Parlement, mais à des résolutions que chaque Assemblée peut prendre soit en séance plénière, soit par une délégation spécialement désignée à cet effet; ... Or (la constitution) même révisée ne modifie ni le régime des sessions, ni la priorité reconnue à l'ordre du jour voulu par le Gouvernement ... ; celui-ci aura donc une certaine possibilité pratique d'éviter des débats en Assemblée plénière..."(¹²⁶⁰).

Cette nouveauté demeure donc d'une portée relative en droit interne. Dans l'ordre communautaire, elle est dépourvue d'effet.

b) L'absence d'effet de la procédure au plan communautaire

¹²⁵⁷.Rapport n 375 de J. LARCHER fait au nom de la Commission des lois ..., p. 84-85, Sénat, 2de session ordinaire 1991-1992

¹²⁵⁸. C.C. Décision 92-314 du 17/12/1992 et Décision 92-315 du 12/1/1992, R.D.P. 1993, p. 315 et s, cf. l'étude de F.LUCHAIRE même revue, p 301

¹²⁵⁹.C.C. Décision des 17,18 et 24 juin 1959, Rec. Conseil Constitutionnel p 58

¹²⁶⁰.F. LUCHAIRE L'Union européenne et la Constitution, p. 966, R.D.P. 1992

Afin que les dispositions de l'article 88-4 de la Constitution aient une portée réelle, il faudrait que leur violation porte atteinte à la légalité de la décision communautaire.

La soumission aux Assemblées des propositions d'actes communautaires devrait, pour ce faire, constituer une forme substantielle de la décision communautaire, et le défaut de soumission affecterait la décision prise par le Représentant de la France au Conseil des Ministres des Communautés et par ricochet la légalité de la décision communautaire.

Or à ce jour la Cour de Justice sanctionne uniquement les défauts de consultation prévues par les traités, ce qui exclut donc la violation de l'article 88-4 de la Constitution française ⁽¹²⁶¹⁾, l'absence de consultation des Assemblées françaises n'apparaissant pas assimilable à la consultation du Parlement européen, prévue elle par les traités et reconnue à ce titre comme formalité substantielle ⁽¹²⁶²⁾.

Par ailleurs pour admettre le vice de forme substantielle, il faudrait considérer que le défaut de consultation des Assemblées affecte la compétence du représentant du Gouvernement français au sein du Conseil des Ministres de la Communauté ⁽¹²⁶³⁾.

Cette idée n'était pas absente des débats parlementaires et particulièrement au Sénat qui considérant que " les Parlements nationaux sont les meilleurs garants ..., du principe de subsidiarité "⁽¹²⁶⁴⁾, proposait d'accorder aux Assemblées le droit de voter " des résolutions qui, sans avoir un effet impératif, ont une valeur plus qu'indicative "⁽¹²⁶⁵⁾. Finalement retenu

¹²⁶¹.sur la violation des formes substantielles, cf. M & D WAELBROEK Le recours en annulation, n° 68 & s, Encyclopédie DALLOZ COMMUNAUTAIRE

¹²⁶².C.J.C.E. 29/10/1980 Roquette frères, aff.138.79, Rec. C.J.C.E. p. 3333

¹²⁶³.Lors de la discussion de la révision constitutionnelle, il avait été indiqué que " le Folketing danois peut définir des positions de négociation dont le Gouvernement ne peut s'écarter qu'avec son accord ", le député (de l'opposition) qui faisait ce constat ajoutait: " Cette procédure, d'ailleurs contraire à l'esprit des institutions françaises, paraît trop contraignante. Elle ne serait pas sans danger pour le fonctionnement des Communautés si elle devait se généraliser à tous les membres ". Observations de M. ALPHANDERY au nom de la commission des Finances, p 32, Annexe au rapport n 2676 de G. GOUZES relatif au projet de loi constitutionnelle ajoutant à la Constitution un titre " de l'Union européenne, A.N.2de session 1991-1992

¹²⁶⁴.Rapport n 375 de J. LARCHE au nom de la Commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle ..., p. 48, Sénat, 2de session ordinaire 1991-1992

¹²⁶⁵.Ibid. p. 53

dans la rédaction proposée par le Sénat, après de nombreux débats sur la distinction avis - résolution, l'article 88-4 ne constitue pas " un obstacle autre que d'opportunité "⁽¹²⁶⁶⁾. Le Conseil Constitutionnel saisi des règlements des Assemblées dans le cadre de la mise en oeuvre de l'article 88-4, a signifié à tous les interlocuteurs " que la résolution consiste à "émettre un avis"; en conséquence, la résolution "ne saurait porter atteinte aux prérogatives du Gouvernement ", c'est à dire qu'elle ne lie ni le Président de la République, ni le Gouvernement que la Constitution charge de déterminer et de conduire la politique de la Nation ... ou de négocier et de ratifier les traités ..., simple avis, la résolution n'a donc pas de conséquence juridique "⁽¹²⁶⁷⁾.

L'absence d'une faculté d'empêcher des Etats membres s'exerçant sur la faculté de statuer communautaire empêche que l'ordre juridique communautaire soit dit fédéral. C'est une hypothèse de "déconcentration" législative qui connaît en outre une organisation déconcentrée de la faculté de statuer communautaire. Le développement de cette dernière, en l'absence d'une faculté d'empêcher étatique, conduira les Communautés plus encore vers le modèle allemand, c'est à dire vers une subordination hiérarchique du pouvoir normatif étatique au pouvoir normatif communautaire, ce que d'aucuns appellent le fédéralisme horizontal, " en ce sens qu'à l'exception de quelques compétences entièrement dévolues aux Länder ..., la division passe entre le pouvoir législatif d'une part, détenu pour l'essentiel par le Bund et d'autre part l'exécution, l'administration des décisions tant fédérales que fédérées confiées quasi exclusivement aux Länder "⁽¹²⁶⁸⁾.

La place de la France " collectivité locale " dans la Communauté Franco - Africaine et dans l'Union Européenne montre que la décentralisation est aussi difficile à accorder (Communauté Franco - Africaine) qu'à obtenir (Union Européenne).

La pratique interne de la question de la centralisation - décentralisation (au sens générique) ne démentira pas ce constat.

¹²⁶⁶.G. GOUZES cité par F. LUCHAIRE L'Union européenne et la Constitution - Les règlements des Assemblées, p. 305, R.D.P. 1993

¹²⁶⁷.F. LUCHAIRE L'Union européenne et la Constitution - Les règlements des Assemblées, p. 304, R.D.P. 1993

¹²⁶⁸.Y. MENY Politique comparée, p. 419, MONTCHRESTIEN 1991

CHAPITRE II) La France des collectivités locales

Nous entrons là, dans un large domaine, car il appréhende aussi bien les collectivités locales que les hypothèses dites de décentralisation par services qu'elles s'expriment sous la forme de l'établissement public ou des personnes privées gérant un service public.

L'ambition de cette recherche devrait être de poursuivre la question de la centralisation - décentralisation dans ces différentes formes. Cependant pour des raisons matérielles, nous n'avons appréhendé que les collectivités territoriales des articles 72 et suivants de la Constitution, d'une part parce que du fait de cette inscription constitutionnelle, elles se distinguent des autres hypothèses, et d'autre part, parce que leur étude est socialement plus intéressante en raison de leur caractère politique.

Ce choix, en raison des nombreuses études publiées, n'exclut pas une impression de répétition, que notre perspective particulière permet, nous semble-t-il, de dépasser. L'étude des collectivités locales dans notre pays, montre que leur statut n'arrive jamais, sauf hypothèses isolées en matière réglementaire, à déboucher sur une décentralisation, telle que nous l'avons définie. En effet, la France est à la fois déconcentrée en matière législative et réglementaire (Section I) et déconcentrée en matière réglementaire (Section II).

Section I) La France déconcentrée

La France, Etat unitaire, ne pouvait connaître et ne connaît que la déconcentration législative (I). Dans le domaine réglementaire, ce mode de production des normes occupe une large place (II).

1) La déconcentration législative

" Déterminer le régime législatif d'un pays, c'est désigner les organes chargés d'édicter des règles pour ce pays et fixer leurs pouvoirs respectifs. Or lorsqu'il s'agit des pays d'outre-mer faisant partie de la République Française ... des problèmes particuliers se posent à ce sujet. Sur bien des points, en effet la législation de ces pays doit être différente de celle de la métropole. La question apparaît donc de savoir si cette législation spéciale doit émaner, en tout ou partie, des mêmes organes que celle de la métropole ou d'organes différents "⁽¹²⁶⁹⁾.

La réponse a consisté à reconnaître un espace ouvert à l'action normative des organes territoriaux sans que celui-ci ne soit exclusif de l'action des organes centraux. Le principe de spécialité législative constitue à la fois le fondement de la reconnaissance d'un pouvoir normatif territorial (A) et la limite de ce pouvoir (B), consacrant ainsi la déconcentration du pouvoir législatif dans les territoires d'outre-mer.

A) Le principe de spécialité législative fondement de la déconcentration

L'affirmation du principe de spécialité législative est le résultat d'une évolution historique (1). Le principe implique l'existence d'un domaine dans lequel la norme centrale n'est pas applicable sans une volonté expresse des organes centraux (2).

1) L'affirmation du principe de spécialité

Annexés et éloignés, les territoires d'outre-mer ne pouvaient être gérés directement par la métropole. Ces caractères physiques et politiques des territoires induiront en effet la reconnaissance d'une spécificité territoriale en matière normative à partir du XVIII^{ème} siècle, qui permettra "dans les colonies, (de couvrir) un système d'exploitation, esclavagiste d'abord, d'hommes libres devenus "sujets" ensuite"⁽¹²⁷⁰⁾.

¹²⁶⁹.L. ROLLAND & P. LAMPUE Droit d'outre-mer, p. 126, DALLOZ, 1959

¹²⁷⁰.M. BOURJOL Réflexions sur le pouvoir d'Etat et le pouvoir local - Contribution à l'étude du pouvoir réglementaire autonome, p 268, tome 1, Cours D.E.A. 1982-83, Faculté de droit de Tours. cf. aussi P. FAUCHON qui montre que le souci des colons d'"éviter que les réformes édictées pour la métropole puissent bénéficier aux colonies" se heurtait à l'opiniâtreté de l'abbé Grégoire dans sa défense des "gens de couleur", dans "L'abbé Grégoire, le prêtre - citoyen", p. 46, Editions de la Nouvelle République, 1989

C'est une ordonnance royale en date du 18 Mars 1766, qui rompra avec le système de la soumission des territoires (alors colonies) aux normes nationales (¹²⁷¹). Dans cette ordonnance de 1766 " le roi prescrit aux conseils supérieurs ou souverains de ne pas enregistrer sans distinction toutes les ordonnances qui viennent à leur connaissance. Ils doivent prendre cette mesure qu'à l'égard des ordonnances dont l'enregistrement a été spécialement prescrit par le roi et qui ont été envoyées par le Secrétaire d'Etat aux autorités de la colonie. En dehors du pouvoir central, il existe une réglementation importante qui est l'oeuvre des autorités locales"(¹²⁷²).

Cette ordonnance pose le ferment du principe de spécialité de législation, selon lequel les règles de métropole ne sont pas nécessairement applicables outre-mer. Il sera mis en oeuvre à la révolution française, puisque l'article 8 alinéa 2 du titre VII de la constitution du 3 septembre 1791 dispose que " les colonies et possessions françaises dans l'Asie, l'Afrique et l'Amérique quoiqu'elles fassent partie de l'Empire français, ne sont pas comprises dans la présente constitution ". Cette mise à l'écart des territoires à l'égard du système normatif organisée par la constitution et confirmée par le décret des 24-28 septembre 1791 qui confèrera au conseil colonial la compétence normative pour le "régime intérieur" (¹²⁷³), consacre la victoire des colons (¹²⁷⁴).

¹²⁷¹.T. TUOT L'applicabilité des lois électorales aux territoires d'outre-mer, Concl. sur C.E. ASS. 9/2/1990, R.F.D.A. 1991, p. 603,

¹²⁷².P. LAMPUE Droit d'outre mer, p. 130, DALLOZ 1959

¹²⁷³.Une instruction du 15 juin 1791 qui déclarait: " Les circonstances locales et la distance qui sépare la colonie des autres parties de l'empire, exigeant des modifications dans l'application des lois constitutionnelles du royaume, celles qui régiront la colonie seront proposées par l'assemblée coloniale et décrétées par le corps législatif ..." avait préfiguré ce système, cité par M. BOURJOL, Réflexions sur le pouvoir d'Etat et le pouvoir local - Contribution à l'étude du pouvoir réglementaire autonome, p. 277, tome 1, Cours D.E.A. 1982-83, Faculté de droit de Tours.

¹²⁷⁴.A laquelle l'abbé Grégoire avait concernant le sort des gens de couleur, tenté de s'opposer le 12 mai 1791 en déclarant à la Constituante: " Les colons vous disent qu'en organisant le régime intérieur des colonies ils auront grande attention de veiller au sort des gens de couleur, de leur accorder leurs droits. Là-dessus je leur propose ce dilemme: vous les leur accorderez ou vous ne les leur accorderez pas. Si votre intention est de ne les leur pas accorder, vous voulez donc perpétuer l'oppression; si vous voulez les leur accorder, accordez-les leur aujourd'hui " cité par P. FAUCHON L'abbé Grégoire, le prêtre citoyen, p. 47, Ed. de la Nouvelle République, 1989

Ce principe de spécialité législative a continué de se dessiner par la suite ⁽¹²⁷⁵⁾ nonobstant la variation des titulaires du pouvoir normatif central. Ainsi la loi du 24 avril 1833 reviendra "à peu près au régime initial de la Constituante en établissant dans les colonies les plus importantes, des conseils coloniaux recrutés à l'élection et dotés d'un large pouvoir de réglementer"⁽¹²⁷⁶⁾. Le sénatus consulte du 3 mai 1854 occultera le principe ⁽¹²⁷⁷⁾ en raison d'"une concentration du pouvoir normatif au profit du Prince"⁽¹²⁷⁸⁾. Le Parlement de la IIIème République sera l'instrument d'un nouvel élan de la "politique d'assimilation" qui peu à peu fera place à la législation locale ⁽¹²⁷⁹⁾. L'article 72 alinéa 2 de la constitution de 1946 réaffirme le principe de spécialité législative ⁽¹²⁸⁰⁾ et la constitution de 1958 "a repris cet héritage"⁽¹²⁸¹⁾.

Il reste à savoir quel en est le contenu?

2) Le contenu du principe de spécialité

La définition de cette spécialité locale, c'est à dire du domaine où l'organe central devra spécifier expressément sa volonté de statuer au profit de l'outre-mer, consacre " le triomphe de la conception matérielle de la loi "⁽¹²⁸²⁾ dans la mesure où le partage de la faculté de statuer entre organes centraux et non centraux s'effectuera par voie d'énumération des compétences

¹²⁷⁵.La Convention rompra avec le principe et ceci se traduira dans la constitution du 5 Fructidor an III dont l'article 6 dispose: " Les colonies françaises sont parties intégrantes de la République et sont soumises à la même loi constitutionnelle ". Idem pour la constitution du 4 novembre 1848 dont l'article 109 demeurera cependant inappliqué.

¹²⁷⁶.L. ROLLAND et P. LAMPUE Droit d'outre-mer, p. 54, DALLOZ 1959

¹²⁷⁷.Il demeure toutefois visible dans la " répartition "verticale" des matières entre le pouvoir législatif (constituant, législatif ordinaire et législatif "délégué") et le pouvoir exécutif gouvernemental ". M.BOURJOL Réflexions sur le pouvoir d'Etat et le pouvoir local - Contribution à l'étude du pouvoir réglementaire autonome, p 281 & s, tome 1, Cours D.E.A. 1982-83, Faculté de droit de Tours

¹²⁷⁸.Ibid. p. 281

¹²⁷⁹.L. ROLLAND et P. LAMPUE Droit d'outre-mer, p. 54-55, DALLOZ 1959

¹²⁸⁰.Ibid. p. 142, cf. aussi C. CHAVANON Les problèmes de l'Union française dans les avis du Conseil d'Etat, E.D.C.E. 1956, p. 52

¹²⁸¹.T. TUOT Conclusions sur C.E. Ass. 9/2/1990 précité, R.F.D.A. 1991, p. 602

¹²⁸².M. BOURJOL Réflexions sur le pouvoir d'Etat et le pouvoir local - Contribution à l'étude du pouvoir réglementaire autonome, p. 275, tome 1, Cours D.E.A. 1982-83, Faculté de droit de Tours

des uns ou des autres (a). Toutefois cette conception matérielle de la loi supporte des concessions à la conception formelle, lorsque le principe cède devant certaines lois (b).

a) Le domaine de la spécialité territoriale

La détermination du domaine de la spécialité territoriale peut s'effectuer en donnant une compétence d'attribution aux organes centraux, permettant ainsi a contrario de définir la spécialité locale.

Ainsi selon le décret des 24-28 septembre 1791, la compétence du législateur " porte sur l'exercice de la souveraineté extérieure et intérieure et sur la protection des droits de l'homme et du citoyen ... libre "(¹²⁸³). La loi du 24 avril 1833 pratiquera de même, tout en élargissant la compétence d'attribution des organes centraux qui sera répartie entre le Roi et le Parlement (¹²⁸⁴). Cette définition matérielle, on l'a dit, servira dans le sénatus-consulte du 3 mai 1854 à une répartition verticale du pouvoir normatif qui s'achève au gouverneur de la colonie qui " représente l'Empereur " et exécute les " lois, règlements et décrets promulgués dans la colonie ..." et dont la distinction masque la concentration du pouvoir (¹²⁸⁵).

La IV^{ème} République rappelant le principe de spécialité à l'alinéa 2 de l'article 72 de la constitution, ne le mettra en oeuvre que tardivement avec la loi cadre du 23 juin 1956 et les décrets des 4 avril et 22 juillet 1957, en octroyant à " l'assemblée territoriale ... un "pouvoir législatif secondaire" d'attribution "(¹²⁸⁶). L'alinéa 1 de l'article 72 de la constitution, donnait compétence au Parlement "en ce qui concerne la législation criminelle, au régime des libertés publiques et à l'organisation politique et administrative". Dans un avis le Conseil d'Etat avait exprimé l'opinion que les deux alinéas de l'article 72 " délimitent deux domaines distincts, l'un dans lequel le Parlement est investi d'un droit de légiférer exclusif, l'autre dans lequel le Parlement peut intervenir, concurremment avec le pouvoir exécutif, par des lois assorties

¹²⁸³.Ibid. p. 278

¹²⁸⁴.Ibid. p. 278 & s

¹²⁸⁵.Ibid. p. 281 & s

¹²⁸⁶.Ibid. p. 290 & s;

d'une manifestation de volonté expresse; qu'il ne résulte pas de l'exigence d'une manifestation de volonté expresse pour le second de ces deux domaines que, par a contrario, dans le premier toutes les lois votées par le Parlement s'appliquent aux territoires d'outre-mer de manière automatique, ..."(¹²⁸⁷). Cette opinion fut partagée par le Professeur P.LAMPUE pour lequel l'alinéa 1 de l'article 72 ne faisait " que réserver certaines matières à l'Assemblée nationale "(¹²⁸⁸), mais ainsi que le constate T. TUOT, au contentieux cet avis ne fut pas " expressément confirmé"(¹²⁸⁹).

" La constitution de 1958 ne mentionne plus expressément le principe de spécialité "(¹²⁹⁰), ce qui " pourrait signifier que celui-ci a disparu, et que la loi française, quel que soit son domaine, s'applique dans les territoires d'outre-mer, s'il n'en est disposé autrement "(¹²⁹¹).

Pourtant la doctrine considère que le principe de spécialité est toujours en vigueur. D'"une situation de fait de spécialité législative"(¹²⁹²) à la reconnaissance d'un fondement constitutionnel (¹²⁹³) en passant par la reconnaissance d'un principe général (¹²⁹⁴) les justifications sont diverses mais elles s'appuient sur une jurisprudence tant constitutionnelle (¹²⁹⁵) qu'administrative (¹²⁹⁶) importante.

¹²⁸⁷.Avis du 23 mars 1948, annexe 13 de l'article de C. CHAVANON "Les problèmes de l'Union française dans les avis du Conseil d'Etat", E.D.C.E.1956, p. 70

¹²⁸⁸.L. ROLLAND & P. LAMPUE Droit d'outre-mer, p 155, DALLOZ 1959, P.LAMPUE Le régime constitutionnel des territoires d'outre-mer, R.D.P.1984, p. 14

¹²⁸⁹.T. TUOT Concl.sur C.E. Ass. 9/2/1990, R.F.D.A. 1991, p. 603

¹²⁹⁰.J.C. DOUENCE Le statut constitutionnel des collectivités territoriales d'outre-mer, R.F.D.A.1992, p. 464

¹²⁹¹.J. ZILLER Les DOM-TOM, p. 139, L.G.D.J.1991

¹²⁹².Ibid. p. 140

¹²⁹³.J.C. DOUENCE Le statut constitutionnel des collectivités territoriales d'outre-mer, R.F.D.A. 1991 p. 467

¹²⁹⁴.P. LAMPUE Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer, R.D.P. 1984, p. 14; L. ROLLAND & P. LAMPUE Droit d'outre-mer, p. 419, DALLOZ 1959

¹²⁹⁵.sur le détail de cette jurisprudence, cf. B. GENEVOIS La jurisprudence du Conseil Constitutionnel, p. 316, S.T.H.1988 et J.M. AUBY Droit des collectivités périphériques françaises, p. 125 & s, Coll. Droit fondamental, P.U.F.1992. Aux listes, il convient de rajouter les décisions signalées par J.C. DOUENCE à la R.F.D.A.1992, p. 467, note 3

¹²⁹⁶.Sans prétendre à l'exhaustivité et en considérant les décisions qui exigent ou n'exigent pas l'extension expresse de la règle nationale, cf. C.E. Ass. 27/2/1970 Saïd Ali Tourqui, A.J.D.A.1970, p. 231; C.E.6/6/1986 Féd. des Fonctionnaires agents et ouvriers de la fonction publique et M.GOYETA, A.J.D.A.1986, p. 454; C.E.

La thèse du fondement constitutionnel du principe de spécialité ne peut résulter, selon J.C. DOUENCE du seul article 74 de la constitution qui " dote les territoires d'outre-mer d'une organisation particulière "⁽¹²⁹⁷⁾ mais de sa jonction avec l'article 76 de la constitution, qui permettant aux T.O.M. de " garder leur statut au sein de la République ", "confirme le maintien du principe de la spécialité législative avec valeur constitutionnelle "⁽¹²⁹⁸⁾.

Le raisonnement lie la spécialité (résultant du renvoi par l'article 76 au statut antérieur) à la notion d'organisation particulière. Celle-ci, selon le Professeur P.LAMPUE " ne pouvait ... s'entendre que comme comprenant les dispositions organiques fondamentales, celles qui devaient porter sur la composition et le rôle des autorités délibérantes et exécutives d'un territoire. (Elle) correspondait à la constitution (au sens matériel du mot) de chaque pays "⁽¹²⁹⁹⁾.

Le Conseil Constitutionnel n'a pas suivi cette analyse puisque sa jurisprudence, à partir de la décision du 22 juillet 1980 (¹³⁰⁰) va tendre vers la confusion de la notion d'organisation particulière " avec celle de législation applicable dans les territoires "⁽¹³⁰¹⁾.

La modification de l'article 74 par la révision constitutionnelle du 25 juin 1992 (¹³⁰²) n'a pas établi une différence entre principe de spécialité et organisation particulière (¹³⁰³). En effet les

29/4/1987 M. DOUTHERET, A.J.D.A. 1987, p. 553; C.E.12/5/1989 Ministre des DOM-TOM c/Mme PIERMONT, A.J.D.A.1989, p. 711; C.E. Ass. 9/2/1990 (2 espèces) Elections municipales de Pouembout et Elections municipales de Lifou, R.F.D.A.1991, p. 610; C.E.11/7/1990 Ministre de la défense c/ Mabru et autres, R.F.D.A.1990, p. 673; C.E.14/5/1993 Mme Smets, A.J.D.A.1993, p. 501.

¹²⁹⁷.J.C. DOUENCE Le statut constitutionnel des collectivités territoriales d'outre mer, R.F.D.A. 1992, p. 467

¹²⁹⁸.Ibid.

¹²⁹⁹.P. LAMPUE Le régime constitutionnel des territoires d'outre-mer, R.D.P. 1984, p. 9-10

¹³⁰⁰.C.C. 22/7/1980 Décision 80-122 R.D.P.1980, note L. FAVOREU

¹³⁰¹.P. LAMPUE Le régime constitutionnel des territoires d'outre-mer, R.D.P. 1984, p. 10

¹³⁰².Cette modification voulue par le député A. Léontieff afin de préserver les territoires de " l'activisme communautaire "(O. GOHIN Institutions administratives, p. 396, L.G.D.J. 1992) ne semble pas en mesure d'atteindre son objectif en raison de la primauté du droit communautaire. Toutefois, il convient de rappeler qu'à l'heure actuelle les T.O.M. ne sont pas, à la différence des D.O.M., soumis au droit communautaire de façon automatique; sur ce point cf. J. ZILLER Les DOM-TOM, p. 149 & s, L.G.D.J. 1991, et C.E. 12/5/1989 Ministre des DOM-TOM c/ Mme PIERMONT A.J.D.A.1989, p. 711, note X.P RETOT

deux nouveaux alinéas de cet article soumettent l'organisation particulière des territoires à un régime différent, selon que la loi règle le statut ou "les autres modalités de leur organisation particulière". Ceci signifie d'une part que le statut fait partie de l'organisation particulière des territoires (nul n'en doutait) et d'autre part, que, le statut comprenant " notamment, les compétences de leurs institutions propres ", la jurisprudence du Conseil Constitutionnel confondant statut et organisation particulière n'est pas démentie, la seconde comprenant le premier incluant lui-même les compétences.

Dès lors, pour les territoires qui se sont maintenus dans la catégorie des T.O.M. dans les quatre mois de la promulgation de la constitution de 1958 (¹³⁰⁴), le contenu de leur spécialité législative (c'est à dire le domaine dans lequel une extension expresse de la loi nationale est requise) était alors au moins égal à celui découlant de la loi cadre du 23 juin 1956 et des décrets la mettant en oeuvre.

Si donc, le principe de spécialité se détermine par rapport à la compétence territoriale, leur contenu respectif est fixé par les lois non soumises à la consultation préalable des assemblées des T.O.M. (¹³⁰⁵).

¹³⁰³.Le Professeur F. LUCHAIRE concernant la distinction statut-organisation particulière, considère que " la réforme constitutionnelle en établissant deux régimes législatifs distincts pour l'organisation particulière d'une part et le statut d'autre part éclaire cette distinction ". L'Union européenne et la Constitution, R.D.P. 1992, p. 972

¹³⁰⁴.Le 2ème alinéa de l'article 76 permettait aux T.O.M. de choisir leur statut dans la constitution (Départements ou Etats membres de la Communauté) dans un délai de 4 mois fixé par l'article 91 de la Constitution

¹³⁰⁵.B. GENEVOIS La jurisprudence du Conseil Constitutionnel, p. 317, S.T.H. 1988

b) Les lois non soumises à la consultation préalable des Assemblées territoriales

L'absence de nécessité de consultation préalable des assemblées territoriales sera le critère permettant de délimiter le champ du principe de spécialité.

Dans une circulaire du 21 avril 1988, le Gouvernement rappelle que " les lois ne sont en principe applicables dans les territoires d'outre-mer qu'après consultation de leur assemblée territoriale à deux exceptions près ... "les lois dites de "souveraineté""... (et)"les lois qui ne touchent pas à l'organisation particulière des T.O.M.""⁽¹³⁰⁶⁾. Si ces dernières impliquent une appréciation matérielle des problèmes, les lois de souveraineté renvoient à une appréciation formelle.

Expression d'une appréciation matérielle du principe de spécialité ne sont pas soumises à la formalité de consultation, les lois qui n'intéressent pas l'organisation particulière des territoires, telle la loi réformant la planification ⁽¹³⁰⁷⁾. Ici nulle limite à l'extension de la spécialité locale ou centrale, sinon la conception qu'en a le juge.

L'idée de souveraineté est matériellement plus consistante? L'examen rétrospectif des matières entrant ou non dans la spécialité territoriale dans les textes de 1791 à nos jours, confirme qu'il existe un ensemble de matières liées selon le sens commun, à la souveraineté et aux droits de l'homme et du citoyen, et qui non seulement, demeure de la compétence centrale, mais aussi est dispensé de la formalité d'introduction ⁽¹³⁰⁸⁾. A ces lois tenant plus ou moins à l'exercice de la souveraineté, il convient d'ajouter selon le Conseil d'Etat, le statut des agents de l'Etat applicable quelle que soit la résidence de l'intéressé ⁽¹³⁰⁹⁾. Cette décision du Conseil d'Etat montre et le débat récent relatif au traité de Maastricht l'a rappelé qu'il n'était pas évident

¹³⁰⁶.J. ZILLER Les DOM-TOM, p. 140, L.G.D.J. 1991

¹³⁰⁷.C.C. 27/7/1982 Décision 82-142 DC, A.J.D.A.1982, p. 652

¹³⁰⁸.Ainsi trouve-t-on dans ce pouvoir normatif central irrésistible: l'exercice des droits politiques, les lois criminelles, le régime des douanes ... et ce, aussi bien dans le décret des 24-28 septembre 1791, que dans la loi du 24 avril 1833, que dans le sénatus consulte du 3 mai 1854, que dans l'alinéa 1 de l'article 72 de la constitution de 1946 et le décret du 3 décembre 1956, que dans les statuts posés par les lois du 6/9/1984 concernant la Nouvelle Calédonie et la Polynésie française

¹³⁰⁹.C.E.29/4/1987 DOUHERET, A.J.D.A.1987, p. 553, note X.PRETOT

d'apprécier matériellement l'étendue de la souveraineté. Aussi le juge avait confirmé cette part de matières dans lesquelles la volonté centrale s'appliquait sans réserve territoriale en s'attachant aussi à un critère formel.

Ici la conception matérielle de la loi qui préside le principe de spécialité fait une concession à la conception formelle, du fait de la reconnaissance du caractère irrésistible des lois constitutionnelles ⁽¹³¹⁰⁾, des lois référendaires ⁽¹³¹¹⁾, des lois organiques ⁽¹³¹²⁾ et des conventions internationales ⁽¹³¹³⁾.

Concernant les lois organiques, il faut noter que la réforme constitutionnelle du 25 juin 1992 revient sur la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et va imposer la consultation préalable des assemblées territoriales, lorsque matériellement la loi organique affectera le statut des territoires ⁽¹³¹⁴⁾. Ceci accentue l'étendue de l'obligation de consultation et remet au juge constitutionnel le soin de déterminer ce qui dans une loi organique est susceptible de porter atteinte à l'organisation particulière des territoires ⁽¹³¹⁵⁾. Cependant le champ du principe de spécialité risque d'être rétréci par des normes supérieures: les conventions internationales et particulièrement les normes européennes.

¹³¹⁰.C.E.22/1/1982 Butin (1ère espèce) et Ah Won (2ème espèce), A.J.D.A. 1982, p 477 et Chronique générale de jurisprudence, p. 440

¹³¹¹.F. LUCHAIRE L'Union européenne et la Constitution, R.D.P.1992, p 975. L'auteur considère que la ratification du traité de Maastricht aurait dû être précédée d'une consultation des T.O.M. dans la mesure où il affecte l'organisation particulière des territoires (régime du franc C.F.P.) et les lois relatives à la Polynésie et la Nouvelle Calédonie prévoient leur consultation avant ratification de conventions intéressant leurs compétences. La ratification par le peuple balaie l'obstacle.

¹³¹².C.C. 28 décembre 1985, Décision 85-205 DC, rec. p. 24. La révision constitutionnelle du 25/6/1992 a rendu caduque cette jurisprudence.

¹³¹³.C.C.17/1/1989 Décision 88-247 DC loi autorisant la ratification de la convention internationale du travail n 159, rec. p. 16, C.E. 14 mai 1993 Mme Smets, A.J.D.A. 1993, p. 500

¹³¹⁴.Cette réforme voulue par le député A. LEONTIEFF pour préserver les TOM du droit communautaire ne pourra sans doute pas avoir les effets attendus, car A. BERRAMDANE souligne que " le Conseil (Constitutionnel) saisi d'un engagement international qui modifierait ou serait contraire à une loi organique, ... peut difficilement empêcher son introduction dans l'ordre juridique interne " dans "Loi organique et équilibre constitutionnel", R.D.P.1993, p. 760

¹³¹⁵.A. BERRAMDANE considère que " les lois organiques ... deviennent en pratique un instrument de relâchement de la contrainte à la fois juridique et politique qui pèse sur ce dernier " article précité, p. 750 & s

Concernant les conventions internationales, le Conseil Constitutionnel avait considéré que le territoire devait être consulté sur la loi autorisant la ratification d'une convention, à la double condition que la convention " ait vocation à s'appliquer au territoire considéré et qu'en outre son contenu implique une modification du statut particulier de ce territoire ..." (¹³¹⁶). Cette analyse conforme à la conception matérielle de la loi était reprise par le Professeur F. LUCHAIRE (¹³¹⁷). Le commissaire du gouvernement C. VIGOUROUX contestait ce raisonnement en se fondant sur la convention de Vienne, qui prévoit qu'un traité lie chaque partie pour l'ensemble de son territoire sauf mention contraire. Il a été entendu par le Conseil d'Etat qui dans sa décision du 14 mai 1993 s'est fondé expressément sur les règles du droit international (la clause coloniale) nonobstant le fait que la France n'ait pas ratifié la convention de Vienne (¹³¹⁸). Cette décision est cohérente avec la conception traditionnelle de la souveraineté et il ne serait pas surprenant que le Conseil Constitutionnel s'y rallie dans la mesure où il a considéré que la résolution que pouvaient voter les assemblées parlementaires en application de l'article 88-4 de la constitution "ne saurait porter atteinte aux prérogatives que le Gouvernement tient de la Constitution" (¹³¹⁹).

En conclusion, il apparaît qu'hormis les lois constitutionnelles et les conventions internationales, le principe de spécialité s'applique à partir d'une appréciation matérielle de ce qui entre dans l'organisation particulière du territoire. Cette appréciation est formulée par le juge constitutionnel tant en matière de lois ordinaires qu'organiques en raison de la révision constitutionnelle de juin 1992, et par le juge administratif qui par l'usage qu'il fera des principes généraux du droit réduira plus ou moins le domaine de la spécialité législative.

¹³¹⁶.C.C. 17/1/89 Décision 88-247, rec. p 16

¹³¹⁷.F. LUCHAIRE Le statut constitutionnel de la France d'outre-mer, A.J.D.A.1992, p. 541

¹³¹⁸.C.E. 14/5/1993, A.J.D.A. 1993, p. 501-502. Cette décision de la Haute Juridiction Administrative est d'autant plus intéressante, si on la rapproche d'une décision de la C.J.C.E rendue en formation plénière qui considère qu' "un tribunal de Polynésie française est bien une juridiction d'un Etat membre au sens de l'article 177 du traité " et qu'ainsi sa demande de décision préjudicielle est recevable, C.J.C.E. (Plénière) 12 Février 1992 B. Leplat c/Territoire de la Polynésie, LES PETITES AFFICHES 1992, n° 38, p. 10

¹³¹⁹.C.C.12/1/1993 Décision 92-315 D.C. Règlement du Sénat, R.D.P. 1993, p. 315, Commentaire F. LUCHAIRE, p. 304

L'absence de définition précise de la spécialité territoriale n'exprime pas le caractère subordonné de la capacité normative des territoires, dont Y.BRARD rend compte en évoquant " un pouvoir normatif non autonome "⁽¹³²⁰⁾.

B) L'expression de la déconcentration: une faculté de statuer subordonnée

La limitation de la spécialité territoriale par les lois constitutionnelles et les conventions ne traduit pas le caractère subordonné des pouvoirs normatifs territoriaux. La subordination, la faiblesse intrinsèque de cette capacité normative sera révélée par la qualification "réglementaire" des actes émanant des territoires d'une part (1) et par le pouvoir de substitution des organes centraux, d'autre part (2).

1) Le caractère réglementaire des actes territoriaux

Alors que le principe de spécialité confère aux assemblées territoriales, l'exercice du pouvoir normatif en matière législative, les normes territoriales qui en résulteront, n'auront pas le caractère législatif, mais le caractère réglementaire. Ceci constitue un retour vers une appréhension formelle de la loi.

Le caractère réglementaire des actes des organes territoriaux et particulièrement des assemblées qui reçoivent cette délégation législative, a été affirmé par le Conseil Constitutionnel dans sa décision de 1965 précitée ⁽¹³²¹⁾, alors même que cela méconnaissait la distinction posée par les articles 34 et 37 de la Constitution. En effet dans cette affaire relative au régime de retraite des marins du commerce, l'application de l'article 34 conduisait à admettre le caractère législatif de la matière puisque " la loi détermine les principes fondamentaux ... de la sécurité sociale ".

Le Conseil Constitutionnel en déclarant que " cette matière a un caractère réglementaire à l'intérieur de ce territoire " opère une déqualification de la norme locale. Il sera suivi sur cette voie par le Conseil d'Etat, qui dans une décision d'assemblée du 27 février 1970, reconnaîtra à

¹³²⁰.Y. BRARD Autonomie interne et sources du droit en Polynésie française, A.J.D.A.1992, p. 549

¹³²¹.C.C 2/7/1965 Décision 65-34 L, Rec. p 75

son tour le caractère réglementaire des actes pris par la Chambre des Députés des Comores (¹³²²).

Cette déqualification permet au plan politique de démontrer que " l'assemblée territoriale n'est pas un législateur territorial " (¹³²³) nonobstant son élection au suffrage universel. Cette déqualification n'est pas un mince avantage lorsque le législateur national souhaitera exercer son pouvoir de substitution. La déqualification fondée sur l'indivisibilité de la République délite (¹³²⁴) l'aspect fédéral (¹³²⁵) qui pouvait apparaître au regard d'une spécialité législative matériellement indéterminée.

A cet avantage politique s'ajoute un intérêt juridique fondamental. En effet la reconnaissance du caractère réglementaire des actes territoriaux permet de les assujettir au contrôle d'un juge, en l'occurrence le juge administratif; ce que n'aurait pas permis l'admission du caractère législatif, puisqu'on le sait, le juge constitutionnel ne dispose que d'une compétence d'attribution relative au contrôle des lois votées par le Parlement (¹³²⁶). Il aurait été curieux que les lois du Parlement avec mention expresse de leur extension à un territoire aient été contrôlées et celles émanant des assemblées territoriales non contrôlées.

Cependant le contrôle par le juge administratif résultant de cette déqualification n'est pas identique à celui exercé par le juge constitutionnel. Là apparaît la subordination, car la norme territoriale est soumise à un contrôle de légalité, qui permet de faire " respecter non seulement les normes constitutionnelles, mais aussi les lois et les principes généraux du droit, comme (pour) toutes les autorités administratives" (¹³²⁷).

¹³²².C.E. Ass. 27/2/1970 Sieur Saïd Ali Tourqui et autres, A.J.D.A. 1970, p. 231, et Chronique générale de jurisprudence p. 220

¹³²³.Y. BRARD Autonomie et sources du droit en Polynésie française, A.J.D.A. 1992, p. 552

¹³²⁴.Selon M.H. FABRE: "L'indivisibilité de la République refuse toute décentralisation fédérale de l'Etat, soit la division du pouvoir politique dans sa dimension verticale"; dans "L'unité et l'indivisibilité de la République, réalité? fiction?", R.D.P.1982, p. 615

¹³²⁵.Que T. MICHALON pense établi dans son article " La République Française, une fédération qui s'ignore ", R.D.P.1982, p. 676 & s

¹³²⁶.C.C. 6/11/1962 Loi référendaire, rec. p. 27

¹³²⁷.Y. BRARD Autonomie interne et source du droit en Polynésie Française, A.J.D.A.1992, p. 551

Concernant les lois, il ne peut s'agir que de celles dispensées de la formalité de consultation ou de celles ayant fait l'objet d'une consultation et donc qui s'appliquent de façon expresse au territoire.

L'application outre-mer des principes généraux du droit n'était pas évidente, dans la mesure où " les principes généraux du droit sont le reflet d'un certain ordre juridique; les territoires dotés de l'autonomie interne ont une grande latitude pour fixer leurs propres règles de droit; doivent-ils être liés par les principes généraux du droit métropolitains?"⁽¹³²⁸⁾. Dans l'arrêt Saïd Ali Tourqui le Conseil d'Etat a, concernant le principe d'égalité, répondu par l'affirmative (¹³²⁹).

Par ailleurs, le juge administratif devait-il se limiter aux principes reconnus par le juge constitutionnel ? Messieurs DENOIX DE SAINT MARC et LABETOULLE avaient envisagé cette solution dans leur commentaire de l'arrêt du 27/2/1970. Cela aurait considérablement réduit le champ d'intervention du juge administratif car " n'ayant pas compétence pour dégager des principes généraux de valeur constitutionnelle "⁽¹³³⁰⁾, il aurait été contraint de n'utiliser que ceux "découverts" par le juge constitutionnel. Le Conseil d'Etat dans son arrêt du 6 juin 1986, répondra en affirmant que les actes territoriaux sont subordonnés au respect du principe général en vertu duquel " la nation assure à la famille les conditions nécessaires à son développement et garantit notamment à l'enfant et à la mère, la sécurité matérielle " d'une part et au respect du principe de non rétroactivité des actes, d'autre part (¹³³¹), et pour ce dernier " nonobstant le caractère matériellement législatif de la délibération litigieuse "⁽¹³³²⁾. Il s'agit là de principes de valeur législative qui s'imposent donc à l'organe territorial.

¹³²⁸.M.M. DENOIX DE SAINT MARC et LABETOULLE Chronique générale de jurisprudence administrative française, A.J.D.A. 1970, p. 222

¹³²⁹.C.E.27/2/1970 Sieur Saïd Ali Tourqui, A.J.D.A.1970, p.231

¹³³⁰.M. AZIBERT & M. DE BOIDEFFRE Chronique générale de jurisprudence administrative française, A.J.D.A. 1986, p. 423

¹³³¹.C.E.6/6/1986 Fédération des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique, A.J.D.A. 1986, p. 454

¹³³².M. AZIBERT & M. DE BOISDEFFRE Chronique générale de jurisprudence, A.J.D.A.1986, p. 423

Ceci explique que le contrôle de la légalité " est souvent mal ressenti par les autorités territoriales. Certaines de ses manifestations perçues comme des atteintes à l'autonomie interne..., conduisent même parfois à dénoncer une sorte de jacobinisme juridictionnel "⁽¹³³³⁾. On comprend qu'alors, l'irrespect de la spécialité des T.O.M. par le législateur soit aussi mal ressenti.

2) Le pouvoir de substitution du législateur

La spécialité législative implique la reconnaissance d'un domaine normatif propre aux T.O.M.. Cependant cette compétence personnelle des organes des T.O.M. souffre la substitution toujours possible des organes centraux, traduisant ainsi la déconcentration législative.

Ce pouvoir de substitution est encadré tant dans la forme (a) qu'au fond (b) mais cette dernière limite est faible.

a) Les limites formelles du pouvoir de substitution

Elles tiennent à la consultation préalable (a-2) et à la nature de l'acte opérant la substitution (a-1).

a-1) La nature de l'acte de substitution

La révision constitutionnelle de 1992 a modifié substantiellement l'état du droit en la matière.

Avant la réforme, le législateur pouvait exercer personnellement son pouvoir de substitution ou le déléguer au Gouvernement. En effet, l'article 74 de la Constitution prévoyait que l'organisation des territoires était définie et modifiée par la loi. Or, en application de l'article 38 de la Constitution, le législateur pouvait autoriser le Gouvernement à intervenir en la matière par voie d'ordonnances (¹³³⁴).

¹³³³.Y. BRARD Autonomie interne et sources du droit en Polynésie Française, A.J.D.A.1992, p. 551

¹³³⁴.La Nouvelle Calédonie illustre bien cette possibilité, puisque la procédure a été utilisée environ une dizaine de fois en 1985

La révision constitutionnelle du 25 juin 1992 prévoyant que le statut des territoires est fixé par une loi organique exclut, que l'on puisse recourir désormais à cette procédure des ordonnances (¹³³⁵). En effet, depuis la décision du Conseil Constitutionnel du 5 janvier 1982, on considère que la procédure des ordonnances est inapplicable aux lois organiques (¹³³⁶). Bien qu'il remarque que la spécificité des lois organiques repose sur une volonté de pondération du bicamérisme inégalitaire, B. GENEVOIS pense que cette décision du Conseil Constitutionnel " n'est cependant pas rédigée en des termes qui inviteraient à considérer que, dans tous les cas, l'emploi dans le texte de la Constitution du mot "loi" ne saurait viser que la loi ordinaire " (¹³³⁷). En tout état de cause, le "détournement de procédure" (¹³³⁸) que constituerait le recours à l'article 38 aujourd'hui, serait plus encore avéré. Le législateur ayant toujours consulté les assemblées territoriales avant d'autoriser le Gouvernement à légiférer par ordonnances (¹³³⁹), il serait surprenant qu'il ne poursuive pas dans cette voie, même si la lettre de l'article 74 semble exclure le recours aux ordonnances.

Si cet article est appliqué strictement le domaine dans lequel la loi organique sera nécessaire, s'étendra fort loin puisque selon l'article 74, les lois organiques "définissent notamment les compétences de leurs institutions propres". L'adverbe "notamment" ouvre des perspectives difficiles à apprécier. Ainsi et au regard des statuts de la Nouvelle Calédonie ou de la Polynésie Française, qui confèrent aujourd'hui à ces territoires une compétence générale et à l'Etat une compétence d'attribution, on s'aperçoit que tout ce qui affectera cette situation exigera une loi organique.

Cette étendue du domaine de la loi organique risque de réduire à proportion, le domaine de la loi ordinaire, c'est à dire celui dans lequel le législateur fixe "les autres modalités" de

¹³³⁵.F. LUCHAIRE L'Union Européenne et la Constitution, R.D.P.1992, p. 972

¹³³⁶.C.C.5/1/1982 Décision 81-134 DC, A.J.D.A. 1982, p. 85. Le juge considère que la loi d'habilitation autorisant le Gouvernement à prendre par ordonnances des mesures tendant à modifier les dispositions relatives aux pensions, aux retraites ... des agents de l'Etat ..., " ne méconnaît pas davantage les dispositions de la Constitution relatives aux lois organiques, dès lors que le texte soumis à l'examen du Conseil Constitutionnel ne permet aucunement l'intervention d'ordonnances dans des matières que la Constitution réserve à de telles lois... ".

¹³³⁷.B. GENEVOIS La jurisprudence du Conseil Constitutionnel, p. 118, S.T.H. 1988

¹³³⁸.F. LUCHAIRE Le statut constitutionnel de la France d'outre-mer, A.J.D.A. 1992, p. 541

¹³³⁹.Ibid.

l'organisation particulière. En plus de son caractère énigmatique, ce champ se trouve donc particulièrement limité.

L'exigence d'une loi organique représente véritablement une contrainte formelle pour le législateur dans son pouvoir de substitution, mais il ne faut pas exagérer celle-ci car la loi organique n'établit pas le bicamérisme égalitaire concernant les T.O.M., celui-ci reste limité aux questions relatives au Sénat.

Cette limite quant à la nature de l'acte de substitution est accompagnée de l'obligation de consulter les assemblées au préalable.

a-2) La consultation préalable des Assemblées territoriales

La procédure de cette consultation préalable obligatoire, lui confère une importance que vient démentir la portée de l'avis formulé, caractérisant ainsi la subordination des organes territoriaux.

La révision constitutionnelle du 25 juin 1992 n'a pas modifié cette obligation de consultation inscrite dès l'origine dans la Constitution. Le juge constitutionnel veille au respect de cette procédure, dont l'application est exigée aussi par le Conseil d'Etat (¹³⁴⁰).

L'absence de consultation préalable se traduit par l'inapplicabilité de la loi aux territoires, sauf si les dispositions concernées sont inséparables des autres dispositions de la loi (¹³⁴¹).

La procédure s'applique indistinctement aux projets et propositions de lois (¹³⁴²) initiales ou modificatives (¹³⁴³) et aux amendements qui viseraient l'extension aux territoires, d'un projet ou d'une proposition de loi qui n'aurait pas fait l'objet d'une consultation préalable (¹³⁴⁴).

¹³⁴⁰.F. LUCHAIRE Le statut constitutionnel de la France d'outre-mer, A.J.D.A.1992, p. 541. A propos de ces consultations préalables, cf. aussi Y. GAUDEMET Le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat, Actes du colloque des 21-22/1/1988, p. 94, L.G.D.J.-MONTCHRESTIEN 1988

¹³⁴¹.C.C.22/7/1980 Décision 80-122 DC Loi rendant applicable le code de procédure pénale dans les T.O.M., A.J.D.A.1980, p. 481

¹³⁴².B. GENEVOIS La jurisprudence du Conseil Constitutionnel, p. 318, S.T.H. 1988

Enfin cette consultation doit être effectuée en temps utile et en tout état de cause les avis doivent être communiqués aux parlementaires avant l'adoption en première lecture ⁽¹³⁴⁵⁾. Cette consultation n'a pas à être effectuée pour les amendements à un texte ayant fait l'objet d'une consultation préalable, sinon cela paralyserait la procédure législative ⁽¹³⁴⁶⁾.

Ce formalisme qui entoure cette consultation et vise à "rendre opératoire cette obligation constitutionnelle"⁽¹³⁴⁷⁾, n'illustre pas sa portée réelle.

b) Un pouvoir de substitution matériellement illimité

Le pouvoir du législateur exprime un réel pouvoir de substitution car non seulement il peut légiférer sans porter d'autres attentions aux territoires que la consultation obligatoire, mais aussi il peut légiférer dans n'importe quelle matière (l'article 74 déroge aux articles 34 & 37) pour l'ensemble des territoires, enfin et surtout il peut légiférer dans telle ou telle matière pour tel ou tel territoire ⁽¹³⁴⁸⁾. En d'autres termes, le législateur national peut se faire législateur territorial, et c'est là le critère de la subordination, du pouvoir normatif territorial.

L'organisation particulière envisagée à l'article 74 ne limite pas au fond, le pouvoir de substitution du législateur métropolitain. La notion d'organisation particulière impose un formalisme dérogatoire à la procédure législative ordinaire et parfois une loi organique mais en aucun cas ne limite matériellement le pouvoir du législateur.

¹³⁴³.C.E. Ass. 9/2/1990 (2 espèces) Elections municipales de POUEMBOUT & Elections municipales de LIFOU, R.F.D.A.1991, p 602, Concl. T. TUOT

¹³⁴⁴.C.C.30 & 31/10/1981 Décision 81-129 DC Loi portant dérogation au monopole d'Etat de la radiodiffusion, étendue aux T.O.M. par voie d'amendement, Rec. p. 35

¹³⁴⁵.C.C.27/7/1982 Décision 82-141 DC, Communication audiovisuelle, Rec. p. 48

¹³⁴⁶.C.C.23/5/1979 Décision 79-104 Nouvelle Calédonie, R.D.P. 1979, p. 1731, Commentaire L. FAVOREU p. 1659

¹³⁴⁷.O.GOHIN Institutions Administratives, p. 402, L.G.D.J.1992

¹³⁴⁸.C.C.30/12/1982 Loi de finances rectificative, Décision 82-155 DC, R.D.P.1983, p. 385, Commentaire L. FAVOREU et C.C.19/7/1983 Loi portant approbation d'une convention fiscale avec la Nouvelle Calédonie, Décision 83-160 DC, A.J.D.A.1984, p. 28, note J.P. JARNEVIC

Cette absence de limitation matérielle à l'intervention du législateur se traduit par le fait qu'il peut reprendre d'une main ce que l'autre avait accordé. Ainsi, bien qu'ayant donné compétence à un territoire en matière fiscale, il peut légiférer dans ce domaine (¹³⁴⁹) et l'intervention d'une convention fiscale entre le territoire et l'Etat ne peut avoir " ni pour objet, ni pour effet de restreindre l'exercice des compétences conférées au législateur par la Constitution"(¹³⁵⁰).

Cette application de l'article 74 montre à l'évidence que les territoires ne disposent d'aucune garantie quant à l'effectivité de leur capacité d'intervention en matière législative. Cependant, sauf à dénier à la spécialité législative via la notion d'organisation particulière toute portée réelle, il est tout aussi évident que le législateur ne saurait supprimer la capacité normative en matière législative. En d'autres termes, les territoires disposeront toujours du pouvoir d'intervenir en matière législative même si le champ concret de leurs interventions peut être limité à l'extrême par la loi métropolitaine d'application générale à la République ou spéciale aux territoires ou à l'un d'eux.

Le maintien de cette capacité normative en matière législative, même marginale au plan matériel, coïncide avec cette "interprétation étroite, sinon restrictive, du minimum requis par le principe constitutionnel d'autonomie des collectivités locales"(¹³⁵¹) posé par le Conseil Constitutionnel en exigeant que les organes locaux disposent " d'attributions effectives "(¹³⁵²).

Cette substitution d'un organe central à un organe local, que nous venons de voir en matière législative, existe en matière réglementaire.

II) La déconcentration réglementaire

¹³⁴⁹.C.C.30/12/1982 Décision 82-155 Loi de finances rectificative, Rec. p. 88

¹³⁵⁰.C.C.19/7/1983 Décision 83-160 DC Loi portant approbation d'une convention fiscale avec la Nouvelle Calédonie, Rec. p. 43. Sur les suites administratives de cette affaire, cf. C.E.19/4/1991 Faure, R.F.D.A.1991, p. 525

¹³⁵¹.L. HAMON, note sous C.C.8/8/1985 Décision 85-196 DC, A.J.D.A.1985, p. 611

¹³⁵².C.C.8/8/1985 Décision 85-196 DC, Evolution de la Nouvelle Calédonie, A.J.D.A.1985, p. 605, note L. HAMON p. 609

Les hypothèses de déconcentration du pouvoir normatif réglementaire sont nombreuses et variées.

Traditionnellement la déconcentration est présentée selon deux axes. Elle peut être en effet horizontale, lorsqu'un organe à compétence personnelle limitée territorialement dispose d'une capacité normative générale (en fait cette généralité n'existe jamais, néanmoins on cite toujours à cet égard les Préfets de département). Elle peut être verticale lorsque l'organe dispose d'une compétence personnelle limitée matériellement et territorialement (les exemples cités alors sont l'éducation nationale, l'inspection du travail et les finances: Impôt et Trésor).

Cette présentation présuppose une réduction territoriale de la compétence personnelle des organes. Or nous l'avons vu, la division de la faculté de statuer peut s'effectuer " à territoire égal ", c'est à dire sur une base matérielle. Dès lors, cette division pourra être une hypothèse de déconcentration, si un organe central subordonne cette faculté de statuer.

Dans la présentation traditionnelle de la déconcentration, la subordination de l'organe non central résulte généralement d'une subordination personnelle des organes déconcentrés, qui s'exprime dans leur statut professionnel. Cependant ce n'est pas exclusivement le sort des fonctionnaires, puisqu'en effet la déconcentration peut résulter de la subordination personnelle des dirigeants des établissements publics (¹³⁵³) et particulièrement des organes exécutifs (¹³⁵⁴).

Dans les établissements publics, la subordination des organes peut découler aussi de l'existence d'un pouvoir de substitution détenu par des organes centraux.

Cette dernière hypothèse est de loin la plus courante, en ce qui concerne les collectivités locales, car leurs organes ne supportent pas une subordination personnelle de nature à garantir effectivement la possibilité pour les organes centraux d'imposer leur volonté. En effet, cette subordination personnelle n'affecte pas les organes locaux dans leur vie professionnelle mais uniquement dans l'un des éléments de leur vie sociale: l'élection.

¹³⁵³. J.P. DUBOIS Le contrôle administratif sur les établissements publics, p. 217 & s, L.G.D.J. 1982

¹³⁵³. Ibid. p. 234 & s

Dans le cadre de cette recherche, l'on ne peut envisager l'ensemble de ces formes de déconcentration du pouvoir réglementaire. Nous n'appréhenderons que celles relatives aux organes de la collectivité territoriale la plus exemplaire à cet égard, la commune (¹³⁵⁵).

Ce choix qui, dans l'ensemble des hypothèses de déconcentration porte sur une hypothèse marginale se justifie par son originalité liée au fait que ses deux organes peuvent être aussi des organes déconcentrés du pouvoir normatif réglementaire.

A) Le Conseil Municipal, organe déconcentré

Ce caractère attaché à des hypothèses limitées avant la loi 82-213 du 2 mars 1982, n'a pas totalement disparu depuis l'intervention de cette loi. Il n'y a pas eu élimination du pouvoir de substitution mais changement dans le domaine d'application passant des finances locales à l'urbanisme.

¹³⁵⁵.Le département offre un exemple original de substitution dans le cadre de la mise en oeuvre du droit au logement puisque l'élaboration du plan départemental pour le logement des personnes défavorisées confiée au Préfet et au Président du Conseil Général peut en cas de désaccord des deux autorités entraîner la substitution à celles-ci des ministres intéressés (art. 3 loi 90-449 du 31 mai 1990; cf. aussi la décision du C.C.sur cette loi C.C.29/5/1990 Décision 90-274 DC, J.O.1/6/1990, p. 6518)

1) La déconcentration financière

Avant 1982 cette déconcentration visait à garantir l'équilibre des finances et l'inscription des dépenses obligatoires. Depuis cette année, le dispositif en matière de finances est "déconcentré", malgré le maintien de la faculté de statuer du Préfet.

a) Le système antérieur à 1982

Le Préfet pouvait se substituer au Conseil municipal pour prévenir un déséquilibre budgétaire ou pour rétablir l'équilibre et inscrire les dépenses obligatoires.

L'article L.212-4 du code des communes imposait que le budget communal soit voté en équilibre réel. Cette notion susceptible d'appréciation (¹³⁵⁶) permettait au Préfet de faire des propositions qui, si elles n'étaient pas entendues, pouvaient être imposées par le Préfet substitué, alors au Conseil Municipal.

Lorsque le budget d'une année s'était soldé par un déficit (¹³⁵⁷), le Préfet, après intervention d'une commission chargée de proposer des mesures de redressement, pouvait, si ces mesures n'étaient pas retenues par le Conseil, les imposer de force.

Enfin, concernant les dépenses obligatoires, dont on ignorait la définition (¹³⁵⁸), leur défaut d'inscription au budget entraînait là encore substitution du Préfet.

¹³⁵⁶.On peut apprécier un équilibre d'une façon comptable et donc quantitative ou d'une façon qualitative, en considérant certains ratios. La loi 82-213 du 2 mars 1982 a précisé le sens de l'équilibre réel à son article 8 en retenant l'acception quantitative et comptable, mais s'esquisse une appréciation qualitative pour le moment non intégrée à la notion d'équilibre réel, dans le cadre de la loi 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale qui impose la communication de certains ratios (art.13 & s), d'une part et dans le cadre de l'article 104 du traité de Maastricht (et le protocole concernant les déficits excessifs) relatif à la maîtrise des déficits publics qui intègre la surveillance des finances locales, d'autre part.

¹³⁵⁷.L'article L.212-5 fixait à 10% des recettes de fonctionnement pour les communes de moins de 20000 h et à 5 % pour les autres, le déficit susceptible d'ouvrir la procédure. Ces seuils ont été maintenus par l'article 9 de la loi 82-213 du 2/3/1982.

¹³⁵⁸.Celle-ci a été donnée par l'article 11 de la loi 82-213 du 2 mars 1982: elle comprend les dépenses imposées par la loi et celles nécessaires à l'acquittement des dettes exigibles.

L'article L.212-8 réglait ce pouvoir de substitution en affirmant que le Préfet " exerce, à cet effet, tous les pouvoirs dévolus au conseil municipal en matière fiscale et budgétaire ". La précision de la formule n'exige pas que l'on expose plus avant.

Cette situation a été profondément modifiée par la loi 82-213 du 2 mars 1982.

b) la "déconcentration" financière depuis 1982

La loi du 2 mars 1982 a maintenu le pouvoir de substitution du Préfet et paradoxalement celui-ci n'exprime plus une déconcentration.

Seul un raccourci pourrait conduire à considérer la procédure instituée par la loi comme mettant en oeuvre une déconcentration car le Préfet ne peut se substituer au Maire que si et seulement si un tiers, la Chambre régionale des comptes, admet que l'une des hypothèses (¹³⁵⁹) de substitution est présente. En effet, la substitution préfectorale n'est possible que si la Chambre régionale saisie par le Préfet (¹³⁶⁰) partage l'analyse de celui-ci. Si en matière de délai de vote du budget, il n'y pas trop de problèmes (¹³⁶¹) en raison du caractère mécanique de l'intervention (¹³⁶²), il n'en est pas de même pour les autres motifs de saisine de la Chambre qui, eux, peuvent donner lieu à interprétation divergente entre le Préfet et la Chambre, malgré l'effort d'éclaircissement des notions d'équilibre réel ou de dépense obligatoire opéré par la loi du 2 mars 1982.

La Chambre régionale des Comptes doit, en effet, au risque d'être démentie par le juge administratif, apprécier elle-même si les conditions de son intervention sont réunies, elle ne peut se décharger sur autrui et notamment le juge administratif, de cette obligation (¹³⁶³). Cette

¹³⁵⁹.La loi du 2/3/1982 prévoit 4 hypothèses de substitution: le vote tardif du budget (art.7), l'équilibre réel non assuré (art 8), le déficit dans les comptes passés (art.9) et le défaut d'inscription d'une dépense obligatoire (art.11)

¹³⁶⁰.Ou toute personne intéressée en matière de dépense obligatoire (art.11 loi 2/3/1982)

¹³⁶¹.La Chambre régionale des comptes doit malgré tout trancher le point de savoir si la collectivité a reçu les informations nécessaires à l'élaboration du budget en temps utile, Cf. P. VARAINE & D. MALINGRE L'activité des Chambres régionales des Comptes, A.J.D.A.1985 p. 589

¹³⁶².Les budgets doivent être communiqués au plus tard dans les 15 jours suivants la date limite d'adoption

¹³⁶³.Cf. note G. MELLERAY sous C.E.10/7/1987 M. DEREZ c/ Com. d'UVERNET-FOURS, R.F.D.A.1987, p. 988

obligation d'appréciation personnelle constitue le verrou de la substitution préfectorale, que J.M. AUBY (¹³⁶⁴) avait exposé ainsi: " le représentant de l'Etat, s'il peut s'écarter des propositions de la Chambre, ne peut s'en passer". La jurisprudence en matière de dépense obligatoire (¹³⁶⁵) a été révélatrice à cet égard.

Le déclenchement de la substitution étant étranger à l'appréciation de celui qui peut l'exercer, nous ne sommes plus dans une situation de déconcentration mais de "déconcentralisation", dans la mesure où les communes ne disposent pas d'une faculté générale d'empêcher.

Cette évolution est demeurée étrangère à l'urbanisme local.

2) La déconcentration en matière d'urbanisme

La loi 83-8 du 7 janvier 1983 " en consacrant le principe de la compétence première des communes, ... renoue avec la tradition abandonnée en 1943 " (¹³⁶⁶). Cependant ce renouveau doit être largement pondéré par la prise en considération des prérogatives de l'Etat qui enferment " leurs compétences dans les filets d'une planification respectant une série de normes supérieures ... " (¹³⁶⁷).

La répartition du pouvoir normatif dans le domaine de l'urbanisme a été source de nombreuses études qui expriment généralement " le malaise qui saisit l'observateur lorsqu'il étudie le long chapitre " (¹³⁶⁸) qui lui est consacré par la loi 83-8 du 7 janvier 1983. Ce sentiment tient pour l'auteur à la nécessité d'avoir eu à concilier peut-être l'inconciliable ou du moins, au fait

¹³⁶⁴.J.M. AUBY Les actes des Chambres régionales des Comptes, R.D.P.1984, p 1134

¹³⁶⁵.C.E.10/7/1987 M. DEREZ c/Com. d'UVERNET-FOURS, R.F.D.A. 1987, p. 987, note G. MELLERAY, C.E.6/12/1989 CALIF, A.J.D.A.1990, p. 484, note J. MOREAU, plus généralement sur la jurisprudence relative aux dépenses obligatoires cf.C.E.23/3/1984 Organisme de gestion des écoles catholiques de Couëron, R.D.P. 1984, p. 1137, C.E.30/1/1987 Dépt. de la Moselle, R.D.P.1987, p. 785, note F. LLORENS p. 777

¹³⁶⁶.D. MAILLOT Droit de l'urbanisme, p. 47, Ed. du C.N.F.P.T. 1992

¹³⁶⁷.J.B. AUBY et H. PERINET-MARQUET Droit de l'urbanisme et de la construction, p. 19, MONTCHRESTIEN 1989

¹³⁶⁸.J.M. BECET La nouvelle répartition des compétences, l'urbanisme, p. 122, Actes du colloque "La libre administration des collectivités locales Arc et Senans 19-20 avril 1984, ECONOMICA, 1984

d'avoir eu des " préoccupations multiples et ne (s'accordant) pas fatalement entre elles "(¹³⁶⁹), notamment au regard des rapports entre les collectivités et l'Etat. Ceci conduit J.CHAPUISAT à écrire que " le nouveau droit de l'urbanisme met en place un espace conflictuel (¹³⁷⁰) dans la mesure où les choix étatiques en matière d'urbanisme et d'aménagement du territoire "ne sont guère compatibles avec l'affirmation sans nuance des compétences communales et intercommunales quant à l'affectation des sols"(¹³⁷¹).

En ce qui nous concerne, l'autorité de l'Etat apparaît dans les procédures de substitution qui font du Conseil municipal un organe déconcentré du pouvoir normatif en matière d'urbanisme.

Cette possibilité de substitution existe lors de l'élaboration des plans d'occupation des sols (¹³⁷²) et des schémas directeurs (¹³⁷³) et elle est renforcée par le fait que le Préfet peut prendre l'initiative de l'élaboration d'un schéma (¹³⁷⁴). Les hypothèses dans lesquelles peut intervenir son pouvoir de substitution, peuvent donner lieu à appréciation, particulièrement lorsqu'il s'agit en matière de schémas de tenir compte des lois d'aménagement et d'urbanisme et des règlements d'application (¹³⁷⁵).

¹³⁶⁹.Ibid. p. 123

¹³⁷⁰.J. CHAPUISAT Le nouveau droit de l'urbanisme, p. 320, Actes du colloque " Vertus et limites de la décentralisation ", Clermont-Ferrand 2 & 3 mai 1985, LES CAHIERS DU DROIT PUBLIC, 1985

¹³⁷¹.F. MODERNE Analyse du projet de loi relatif à la répartition des compétences, p. 42, Actes de la journée d'études de l'A.F.D.R.U. Rennes 24 septembre 1982, Ed. Ministère de l'Urbanisme, S.T.U, 1983

¹³⁷².Art.L.123-3-2 du code de l'urbanisme. Le Préfet peut demander des modifications du P.O.S. en cas de dispositions illégales, mais aussi pour permettre la réalisation d'un schéma d'urbanisme, satisfaire les besoins en matière d'habitat ou rendre compatibles les dispositions du P.O.S. avec celles des villes voisines. A défaut d'introduction des modifications, le document est inopposable aux tiers.

¹³⁷³.Art.L.122-1-3 du code l'urbanisme. Le Préfet peut demander des modifications pour rendre compatibles le document avec les prescriptions d'aménagement ou pour permettre la réalisation d'un projet d'intérêt général. A défaut de modification le Préfet rend exécutoire le schéma modifié par ses soins.

¹³⁷⁴.Art.L.122-1-4 du code de l'urbanisme

¹³⁷⁵.Art.L.111.1.1 du code de l'urbanisme. Le projet de loi 3077 du 25/11/1992 portant réforme du code de l'urbanisme prévoit d'instituer des " directives territoriales d'urbanisme " qui permettront aux Préfets d'exercer leur pouvoir de substitution car elles seront comprises dans le nouvel article L.111.1.1., sur cette question, cf. Numéro spécial Droit de l'urbanisme, A.J.D.A. Mai 1993, p 12, et M.LONG L'audit du droit de l'urbanisme, R.F.D.A.1993, p 221

Ce pouvoir de substitution s'exerce aussi pour la modification des plans d'occupation des sols (¹³⁷⁶) et des schémas (¹³⁷⁷). Le refus du Conseil municipal dans le cas de l'article L 123-7-1 l'évince de la décision puisqu'il ne formulera qu'un avis comme dans la procédure de l'article L.123-8.

Le juge encadre cette substitution, notamment en veillant aux motifs avancés (¹³⁷⁸) et à la qualification de projet d'intérêt général (¹³⁷⁹) mais il laisse un vaste champ ouvert en considérant que les prescriptions de l'article L.111-1-1 "doivent être entendues comme des mesures réglementaires prises en application des lois d'aménagement et non les lois d'aménagement elles-mêmes"(¹³⁸⁰).

Ce caractère d'organe déconcentré du Conseil municipal en matière d'urbanisme se retrouvera chez le Maire dans certaines hypothèses dans lesquelles il dispose de ce que l'on appelle des pouvoirs propres.

¹³⁷⁶.Art.L.123-7-1 du code l'urbanisme permettant au Préfet de se substituer au Conseil municipal pour rendre un plan compatible avec une prescription d'aménagement de l'article L.111-1-1 ou un projet d'intérêt général ou un schéma et art.L.123-8 permettant de rendre un plan compatible avec une opération d'utilité publique

¹³⁷⁷.Art.L.122-1-4 précité

¹³⁷⁸.C.E.9/4/1993 Com. de Contamines-Montjoie c./ Préfet de la Haute Savoie, R.F.D.A. p 1018, concl. J.C. BONICHOT

¹³⁷⁹.C.E.3/2/1992 Com. de SOULOM, R.F.D.A.1992, p. 365 et pour application au Centre de Conférences international de Paris, C.E.30/10/1992, A.J.D.A.1992, p. 821, Concl. F. LAMY et p 830 note Y. JEGOUZO

¹³⁸⁰. Propos du commissaire du gouvernement cité par H. JACQUOT dans sa note sous C.E.6/6/1992 Ass. des amis de St Palais sur Mer, A.J.D.A.1992, p. 761

B) Le Maire, organe déconcentré

L'existence d'une faculté de statuer du Préfet, alors substitué au Maire (2) (¹³⁸¹), fait de ce dernier un organe déconcentré qui supporte une subordination personnelle très relative(¹³⁸²).

1) Une subordination personnelle très relative

Elu au suffrage universel indirect, le Maire ne doit donc pas sa "nomination" au Préfet, ni aux supérieurs de celui-ci. Il s'ensuit inévitablement une indépendance, dans la mesure où les conditions d'existence de l'élu ne sont pas en cause. En d'autres termes l'élu n'est pas dans une situation de salarié, ce qui le distingue fondamentalement de celui (fonctionnaire ou plus généralement agent public) pour qui l'activité publique se développe dans un statut salarié. Cette indépendance ne peut être affectée par la simple volonté du préfet ou du ministre ou du Gouvernement, quand bien même agirait-il en qualité de supérieur hiérarchique du Maire.

En raison de l'association du Maire au pouvoir normatif (¹³⁸³), son statut personnel souffre malgré tout, qu'il soit porté atteinte de façon limitée à l'expression du suffrage universel. En effet, le mandat du Maire peut être " suspendu " ou "interrompu"(¹³⁸⁴).

Ces sanctions, applicables aussi bien lorsque le Maire agit en qualité d'agent de l'Etat ou en qualité d'autorité municipale, ne visent pas la répression de comportements déterminés. Ce régime répressif pourrait constituer un moyen de subordination redoutable, si la procédure et l'autorité chargée de décider ne garantissaient une certaine sérénité. On pourrait craindre en

¹³⁸¹.L'élection du Maire au suffrage universel indirect, rend original le procédé, qui ne lui est pas propre, puisque les organes des établissements publics le subisse (J.P. DUBOIS Le contrôle sur les établissements publics, p. 311 & s, L.G.D.J.1982)

¹³⁸².Les organes dirigeants des établissements publics qui sont majoritairement nommés, subissent un régime de "désinvestiture" relativement discrétionnaire, cf. J.P .DUBOIS Le contrôle sur les établissements publics, p. 250 & s, L.G.D.J. 1982

¹³⁸³.L'idée d'un contrôle sur les hommes ou les actes est inhérente à l'organisation déconcentrée ou décentralisée du pouvoir normatif, seule la nature de ce contrôle permettant de qualifier tel ou tel type d'organisation (cf. supra).

¹³⁸⁴.Art.L.122-15 du code des communes

effet que l'absence de définition des fautes conduisent à des excès, mais il apparaît que seuls "des motifs de droit et d'intérêt général ... peuvent en justifier l'exercice "⁽¹³⁸⁵⁾, même si cela intègre une sorte d'obligation de réserve (¹³⁸⁶).

La sanction doit être motivée et avoir été précédée d'une procédure permettant à l'élu de faire valoir son point de vue d'une part et la sanction est prise par arrêté ministériel pour la suspension (¹³⁸⁷) et par décret en Conseil des Ministres pour la révocation (¹³⁸⁸) d'autre part.

Enfin les décisions sont susceptibles de recours contentieux à l'occasion desquels le juge effectue un contrôle restreint (¹³⁸⁹) que le Professeur F.P. BENOIT justifie en relevant que ces sanctions " sont des mesures dont l'application relève de l'art administratif et, parfois même, de la politique, au meilleur sens du terme, les rapports de l'Etat et des collectivités locales étant, par définition même, des rapports politiques (¹³⁹⁰).

Ces circonstances qui distinguent fondamentalement l'agent public de l'élu, justifient que ce dernier supporte un pouvoir de substitution le distinguant ainsi du fonctionnaire et montrant réellement le Maire comme un organe déconcentré.

¹³⁸⁵.M.FRANC concl.sur C.E.27 Février 1981, A.J.D.A. 1981, p. 477

¹³⁸⁶.C.E.27 février 1981, Wahnapo, A.J.D.A.1981, p. 480

¹³⁸⁷.Avant la loi 82-213 du 2/3/1982, la suspension était prononcée par le Préfet pour un mois et par le ministre de l'intérieur pour trois mois. Ne subsiste aujourd'hui que la suspension pour un mois prononcée par le ministre.

¹³⁸⁸.La révocation entraîne l'inéligibilité pour un an sauf renouvellement intégral des conseils municipaux.

¹³⁸⁹.Le commissaire du gouvernement M. FRANC proposait dans ses conclusions sur l'arrêt Wahnapo de sanctionner la disproportionnalité excessive entre la faute et la sanction, mais il n'a pas été suivi par le juge, C.E.27/2/1981 Wahnapo, A.J.D.A.1981, p. 480

¹³⁹⁰.F.P. BENOIT Statut du Maire & des adjoints, p 492-44, ENCYCLOPEDIE DALLOZ COLLECTIVITES LOCALES, cf. opinion contraire M. FRANC Conclusions précitées p. 480

2) Le Préfet substitué au Maire

Le Maire apparaît comme un organe déconcentré du pouvoir réglementaire dans le cadre de ses attributions en matière de police municipale et dans celles qu'il détient en qualité d'agent de l'Etat (¹³⁹¹).

Le caractère déconcentré du pouvoir normatif réglementaire résulte de l'identité matérielle du but poursuivi par le Maire dans les deux hypothèses, mais aussi et surtout des prérogatives du Préfet sur le Maire dans les deux cas.

a) L'identité du but poursuivi par le Maire dans les deux hypothèses

Chacun connaît les buts de la police municipale définis à l'article L 131-2 du Code des Communes, pour qu'il ne soit pas nécessaire de développer ce point. La question est de savoir si ces finalités sont différentes de celles fixées par l'article L 122-23 du Code des Communes (¹³⁹²). L'examen des missions exercées par le Maire, au titre de l'article L.122-23, montre que le but poursuivi est identique à celui déterminé par l'alinéa 1 de l'article L.131-2 du Code des Communes. Les exemples cités par les auteurs, au titre de l'article L.122-23 montrent à l'évidence cette identité de but.

Ainsi, et sans être exhaustif, la réglementation des conditions d'exécution d'une réquisition militaire (¹³⁹³), le ramassage des objets des victimes d'un bombardement (¹³⁹⁴), l'interruption de travaux en violation des règles d'urbanisme (¹³⁹⁵), la suppression de panneaux d'affichage

¹³⁹¹.Les pouvoirs du Maire en qualité d'officier de police judiciaire et d'officier d'état civil, ne font pas de lui un organe du pouvoir normatif et ne sont donc pas à ce titre, évoqués ici.

¹³⁹².Art.L122-23 du Code des Communes: "Le Maire est chargé, sous l'autorité " du représentant de l'Etat dans le département":

1. de la publication et de l'exécution des lois et règlements;
2. de l'exécution des mesures de sûreté générale;
3. des fonctions spéciales qui lui sont attribuées par les lois.

¹³⁹³.C.E.27/5/1921 Tieulon, rec. p. 514, cité par F.P. BENOIT, Les fonctions du maire, p. 572-48, Encyclopédie DALLOZ COLLECTIVITES LOCALES

¹³⁹⁴.C.E.20/7/1951 Richard, rec. p. 417, cité par F.P. BENOIT

¹³⁹⁵.C.E.16/11/1992 Ville de Paris, R.F.D.A. 1993, p. 602

(¹³⁹⁶) ou l'établissement de certificats d'hébergement (¹³⁹⁷), peuvent aussi être rapportés à la poursuite de l'un ou plusieurs des buts fixés pour l'exercice de la police municipale.

Les auteurs sont unanimes pour reconnaître que la détermination de la collectivité pour laquelle le Maire agit en matière de police, présente des difficultés particulières en raison "de l'imprécision de la définition intrinsèque des missions qu'il assume expressément au nom de l'Etat " (¹³⁹⁸). A cette indétermination s'ajoute celle relative à la distinction entre police administrative générale et spéciale qui repose sur des critères incertains "dont aucun n'est déterminant, mais dont la combinaison permet une clarification souhaitable" (¹³⁹⁹). Enfin pour apporter une dernière touche à ce clair-obscur, il faut rappeler que le Maire n'est pas dépossédé de ses prérogatives, lorsque d'autres autorités peuvent intervenir (¹⁴⁰⁰).

Comment expliquer rationnellement que les actes du Maire dans le cadre de l'article L 480-2 du code de l'urbanisme sont pris au nom de l'Etat, alors que ceux pris au titre de l'article R 123-27 du code de la construction et de l'habitation, le sont au titre de la commune, alors qu'ils peuvent aboutir à des conséquences aussi lourdes sinon plus qu'un arrêt de travaux (¹⁴⁰¹). Il est vrai par contre que les conséquences en l'absence d'action du Maire ou d'action inappropriée, peuvent être plus graves, que lorsque l'on laisse une construction s'affranchir des règles

¹³⁹⁶.C.E.17/7/1987 Sté Affichage Giraudy, rec. p. 578, C.E.30/1/1991 (2 espèces) Ministre de l'Equipement ...c/ Ch. synd. française de l'affichage, et Min. de l'Equipement ... c/Sté Route et Ville, G.P. 1991, Panorama droit adm. P. 86

¹³⁹⁷.C.E.29/7/1987 France terre d'asile, rec. p. 263, T.A. Marseille SOIDIKI c/Com. de Marseille, G.P.1991, Panorama droit adm. P. 98

¹³⁹⁸.F.P. BENOIT Les fonctions du Maire, p. 572-49, Encyclopédie DALLOZ COLLECTIVITES LOCALES, dans le même ouvrage cf. aussi J. MOREAU "Les autorités de police municipale ", p. 2210-1 & s, enfin cf. Le secrétaire de Mairie, Fasc."Responsabilités des communes", LITEC

¹³⁹⁹.J. MOREAU Droit administratif, p. 357, Coll. Droit fondamental, P.U.F.1989

¹⁴⁰⁰.Ainsi le Maire peut agir pour réglementer la distance entre les ruches d'abeilles et les propriétés voisines au titre de l'article 207 alinéa 2 du code rural qui prévoit son intervention en l'absence de celle du Préfet prévue à l'article 206. Mais si le Préfet a pris un règlement, le Maire peut agir soit au titre de l'article 207 alinéa 1 du code rural, soit au titre de l'article L.131-2 du code des Communes. Cf. T.A.CHALONS sur Marne 6/11/1990, G.P. 1991, panorama Droit adm. p. 96

¹⁴⁰¹.Le Maire peut ordonner sur le fondement de l'article R.123-27 du C.C.H. la fermeture d'un établissement recevant du public, Cf. C.E.4/3/1991 Ville de Tourcoing, G.P.1991, panorama de droit adm. p. 102

d'urbanisme. Chacun se rappelle l'émotion qu'avait occasionné l'affaire de St Laurent du Pont (¹⁴⁰²).

Le fait qu'un recours ne puisse être intenté par le Maire contre la décision de l'autorité supérieure, ne peut être un critère de distinction, puisque cette impossibilité résulte de la reconnaissance du Maire en qualité d'agent de l'Etat (¹⁴⁰³). Il en est de même de la responsabilité puisque, lorsque celle-ci "est mise en cause, il faut toujours songer à examiner en premier lieu si le Maire ... (a) bien agi au nom et pour le compte de la commune"(¹⁴⁰⁴).

En conséquence, on s'aperçoit que rien au fond ne distingue les attributions du Maire, autorité municipale et celles qu'il détient dans le cadre de l'article L.122-23, il s'agit dans les deux cas d'un pouvoir normatif s'exerçant en matière de police administrative. Cette identité essentielle explique que le Préfet dispose de pouvoirs analogues dans l'un et l'autre cas.

b) La similitude des pouvoirs du Préfet dans les deux cas

Les prérogatives du Préfet consistent dans la reconnaissance à son profit, d'une faculté de statuer et d'une faculté d'empêcher. Seule la faculté de statuer caractérise la déconcentration. Cependant nous évoquerons pour mémoire la faculté d'empêcher, qui n'existe que lorsque le Maire agit en tant qu'agent de l'Etat. On verra malgré tout, que cette faculté d'empêcher n'est pas très éloignée des prérogatives que le Préfet tient sur les actes de police municipale.

La faculté de statuer se manifeste, elle, dans les deux cas par un pouvoir de substitution, alors que la faculté d'empêcher se manifeste par un pouvoir d'annulation.

- La parenté de la faculté d'empêcher du Préfet et du contrôle sur les actes de police municipale

¹⁴⁰².C.E.7/3/1980 "Cinq Sept" et autres, A.J.D.A.1980, p. 423

¹⁴⁰³.Si le Maire ne peut agir contre l'autorité supérieure, la Commune le peut, C.E.10/3/1978 Com. de Roquefort les Pins, A.J.D.A.1978, p. 346-347, cf. cependant décision contradictoire C.E.14/1/1991 Com.de NOISIEL, G.P.21-22-23/4/1991, p. 6, que n'a pas confirmé la jurisprudence Ville de Paris, C.E.16/11/1992, R.F.D.A.1993, p. 602

¹⁴⁰⁴.Le Secrétaire de Mairie, Fasc. Responsabilités des communes, p. 5

Lorsque le Maire agit en qualité d'agent de l'Etat, il est soumis à l'autorité du Préfet qui exerce à son encontre, le pouvoir hiérarchique. Il est manifeste, que cette autorité hiérarchique n'existe pas lorsque le Maire agit en qualité d'autorité municipale, puisqu'alors, en vertu de la loi 82-213 du 2 mars 1982, il est soumis au contrôle administratif.

Or, dans le cadre du pouvoir hiérarchique, le Préfet pourrait annuler et réformer les décisions du Maire, son subordonné, alors que dans celui du contrôle administratif, il ne peut que décider d'en appeler au juge pour obtenir l'annulation de l'acte municipal.

Cette différence doit être relativisée. En effet et selon J.C. GROSHENS, les pouvoirs du supérieur sur son subordonné ne lui permettent ni de retirer, ni d'abroger, ni de réformer l'acte pour inopportunité ⁽¹⁴⁰⁵⁾. Le supérieur ne peut retirer l'acte qu'en raison de son illégalité et dans le délai du recours pour excès de pouvoir ⁽¹⁴⁰⁶⁾. La réformation n'est pas possible car elle s'analyse comme un retrait et une substitution réalisés dans un même instrumentum ⁽¹⁴⁰⁷⁾ et la substitution doit être expressément prévue par un texte pour être envisagée ⁽¹⁴⁰⁸⁾. Or ici, si la substitution est prévue, elle ne permet pas d'intervenir, lorsque le Maire a agi, mais uniquement en cas d'inaction. La réformation n'est donc pas possible même en cas d'illégalité de l'acte municipal.

En d'autres termes, l'autorité hiérarchique se manifeste exclusivement par la possibilité de sanctionner les illégalités. Or, ce but est celui qui anime le Préfet dans le cadre du contrôle administratif ⁽¹⁴⁰⁹⁾.

¹⁴⁰⁵.J.C. GROSHENS Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés, A.J.D.A.1966, p. 146 & s. Concernant l'abrogation cf. aussi J.M.AUBY L'abrogation des actes administratifs, A.J.D.A.1967, p. 133

¹⁴⁰⁶.La décision du Conseil d'Etat du 16/11/1992 Ville de Paris rappelle ces conditions en visant expressément le motif (la violation du décret du 15 janvier 1986) pour lequel le Préfet avait retiré l'arrêté du Maire, cf. la note de J. MORAND-DEVILLER & D. MORENO R.F.D.A.1993, p. 609

¹⁴⁰⁷.J.C. GROSHENS précité p. 150

¹⁴⁰⁸.Ibid. p. 146

¹⁴⁰⁹.Article 3 de la loi 82-213 du 2/3/1982

Cependant cette identité de but s'exprime dans des formes différentes selon que la Maire a agi en qualité d'autorité étatique ou municipale.

Ces formes distinctes constituent a priori un critère dirimant. Cependant, si au titre de son pouvoir hiérarchique, le Préfet peut retirer lui-même un acte illégal, il dispose en sa qualité d'autorité de contrôle de facilités qui aboutissent, en fait et parfois en droit, à la même chose.

La suspension du délai du recours par un recours "administratif" du Préfet (¹⁴¹⁰), le régime du sursis à l'exécution de l'acte local qui fait du Préfet une partie privilégiée (¹⁴¹¹) et particulièrement lorsqu'il invoque une atteinte à la propriété privée ou à une liberté publique (¹⁴¹²) pondèrent cette différence de régime entre les pouvoirs du Préfet, autorité hiérarchique et ceux du Préfet, autorité de contrôle.

Sans esquiver cette différence qui ressort des conditions formelles d'exercice de la faculté d'empêcher, l'identité du but poursuivi dans les deux cas établit une parenté entre les procédures, qui se transforme en identité lorsqu'il s'agit d'exercer une faculté de statuer en lieu et place de l'organe municipal. La substitution du Préfet au Maire est le moyen utilisé dans les deux hypothèses et opérant l'appropriation de la faculté de statuer du Maire par le Préfet, elle exprime seule la déconcentration du pouvoir normatif dans ces hypothèses.

¹⁴¹⁰.C.E.18/4/1986 Commissaire de la République d'Ille & Vilaine, R.F.D.A.1987, p. 206, Concl. M. ROUX

¹⁴¹¹.La demande de sursis du Préfet est automatiquement suivie d'effet dès lors, qu'il invoque un moyen sérieux à l'appui de sa requête en annulation, cf.sur ce point F.P.BENOIT, Les recours contre les actes des collectivités locales; p. 4542-67, *ENCYCLOPEDIE DALLOZ COLLECTIVITES LOCALES*

¹⁴¹².Ibid. p. 4542-69

- *L'identité du moyen d'exercice de la faculté de statuer du Préfet*

Avant 1982, le Préfet au titre de l'article L 122-14 du code des communes, pouvait dans le cas où le maire refusait ou négligeait de faire un des actes qui lui sont prescrits par la loi se substituer au maire. Cette substitution avait été à l'origine, comprise comme permettant au Préfet de se substituer au maire exécutif local ⁽¹⁴¹³⁾, puis exclusivement lorsque celui-ci devait, par la loi, avoir une attitude déterminée ⁽¹⁴¹⁴⁾.

Depuis la loi du 2 mars 1982, le Préfet ne peut se substituer au Maire, selon la nouvelle rédaction de l'article L.122-14 du code des communes, que lorsque celui-ci agit "en tant qu'agent de l'Etat", d'une part et en vertu de l'article L.131-13 du même code, lorsqu'il n'a pas satisfait aux obligations qu'il tient de l'article L.131-2 du code des communes, relatif à la police municipale, d'autre part.

Dès lors dans les deux hypothèses qui nous intéressent, le Maire supporte le pouvoir de substitution qui s'exerce alors, selon les mêmes modalités. Si ce pouvoir de substitution existe, c'est parce que le Maire n'est pas professionnellement subordonné au Préfet.

L'identité des procédures de substitution prévues aux articles L 122-14 & L 131-13, résulte d'abord du fait que "la substitution n'est possible qu'à propos d'actes "prescrits par la loi", c'est à dire qu'il ne s'agit "que d'une substitution de légalité"⁽¹⁴¹⁵⁾. Cette idée met en oeuvre l'acception positive du principe de légalité, selon laquelle le citoyen peut exiger l'édiction d'un acte ⁽¹⁴¹⁶⁾ et elle exprime, selon M.C. BERGERES, " l'ambivalence du principe de légalité "⁽¹⁴¹⁷⁾. Ceci n'exclut pas ainsi, que l'on a pu déjà l'écrire, une appréciation des "circonstances"

¹⁴¹³.cf. sur ce point L.MORGAND La loi municipale, p .294, tome 1, BERGER-LEVRAULT, 1963

¹⁴¹⁴.Ibid. p 295, et C.E.19/10/1956 DALMASSO, D.1956, p. 643

¹⁴¹⁵.S. REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français, p. 160, L.G.D.J. 1982. F.P. BENOIT considère que la substitution du préfet au maire, agent de l'Etat, ne découle pas de l'article L.122-14 mais de l'article L.122-23 dans la mesure où l'auteur admet que le pouvoir de substitution est inhérent au pouvoir hiérarchique, sur ce point cf. Le fonctionnement de la municipalité, p. 532-290 & s, et Les fonctions du maire, p. 572-52

¹⁴¹⁶.On peut considérer qu'il s'agit là d'une conséquence de la subsidiarité, car le citoyen n'a délégué sa puissance que pour une meilleure satisfaction de ses besoins

¹⁴¹⁷.M.C. BERGERES Contentieux communautaire, p. 215, Coll. Droit fondamental, P.U.F. 1989

de cette légalité. Cette possibilité d'appréciation apparaît aussi dans la définition de la carence de l'autorité municipale, qui peut être "quantitative" (absence d'action) comme l'implique l'article L.122-14, mais qui peut être aussi "qualitative" comme la rédaction de l'article 131-13 permet de l'envisager (¹⁴¹⁸).

Cette possibilité d'appréciation ne permet pas de distinguer réellement les deux hypothèses, qui par ailleurs sont réunies par leur procédure de mise en oeuvre.

C'est le second point qui marque l'identité des deux hypothèses de substitution. Elle n'est possible dans les deux cas qu'après mise en demeure préalable. Cette procédure est fondamentale (¹⁴¹⁹) car c'est elle qui, en droit, permettra au Préfet de s'emparer de la compétence personnelle de l'organe substitué. Elle est le poste frontière entre l'exercice de la faculté de statuer par l'organe local et sa reprise par l'organe central.

Même s'il s'agit d'une formalité dont l'auteur est celui qui doit se substituer, elle constitue une formalité essentielle dont l'absence affecte la légalité de l'acte du substituant (¹⁴²⁰). Cette mise en demeure (art. L. 131-13) ou cette réquisition (art.L.122-14) préalable permet à l'élu de connaître les motifs qui présideront éventuellement à la substitution. Elle représente donc une protection de la faculté de statuer du Maire. Cette protection est relative en raison du caractère central de l'organe qui en assure le respect, mais celui-ci lui confère néanmoins une portée réelle.

Si l'on considère une décision récente du Conseil d'Etat (¹⁴²¹) relative au pouvoir du Conseil municipal, et transposable à la substitution du Préfet au Maire, l'importance de cette formalité

¹⁴¹⁸.Cet article envisage " tous les cas où il n'y aurait pas été pourvu par les autorités municipales "

¹⁴¹⁹.nous rejoignons S. REGOURD, à cet égard, qui conteste le propos de Ch. EISENMANN, qui dévaluait cette règle de procédure. S. REGOURD, L'acte de tutelle en droit administratif français, p. 161, L.G.D.J.1982. Il existe une sorte de déconsidération des règles de procédure ou de forme qui tend à faire accroire que le seul droit est le droit matériel.

¹⁴²⁰.sur cette question cf. dans l'ENCYCLOPEDIE DALLOZ COLLECTIVITES LOCALES, F.P. BENOIT Fonctionnement de la municipalité, p .532-30, & J.MOREAU Les autorités de police municipales, p. 2210-18

¹⁴²¹.C.E.9/4/1993 Commune de Contamines - Montjoie, R.F.D.A.1993, p. 1022-1023, Concl. J.C. BONNICHOT, p. 1018

préalable n'échappera pas, car l'arrêt est rendu dans un domaine où s'exprime une nostalgie tutélaire! Le Conseil d'Etat, à propos de l'application de l'article L 123-3-2 du code d'urbanisme (¹⁴²²), a illustré l'importance de cette mise en demeure préalable (¹⁴²³). Il considère que la légalité de la mesure de substitution doit s'apprécier non seulement au regard des motifs légalement prévus pour fonder la substitution mais aussi du ou des motifs invoqués *au jour de la mise en demeure* (¹⁴²⁴). Appliquée à la substitution du Préfet au Maire, cette jurisprudence imposerait que les motifs de l'éventuelle intervention préfectorale communiqués lors de la formalité préalable, soient ceux effectivement repris dans la mesure opérant la substitution (¹⁴²⁵).

Cette identité formelle de la substitution du Préfet au Maire, agent de l'Etat ou autorité de police municipale confirme le caractère d'organe déconcentré du Maire lorsqu'il agit à ses deux titres.

Connaissant une organisation déconcentrée du pouvoir normatif tant législatif que réglementaire, la France aurait pu en outre connaître une organisation décentralisée du pouvoir normatif législatif et/ou réglementaire. La force du caractère unitaire de l'Etat d'une part et de son caractère centralisé (au sens restreint) d'autre part, ne la conduiront au mieux qu'aux marches de la décentralisation réglementaire en organisant une simple "déconcentration réglementaire".

¹⁴²².Cet article permet au Préfet de s'opposer à l'acquisition de l'opposabilité aux tiers d'un P.O.S., si la commune n'accepte pas les modifications qu'il propose. C'est à la limite de la confusion des facultés de statuer et d'empêcher puisque le Préfet empêche pour voir statuer comme il l'entend. La commune peut toujours refuser, mais elle tombe sous le régime du R.N.U..

¹⁴²³.Nous assimilons la demande de modification du Préfet à une mise en demeure, puisque c'est elle qui permet à la commune de faire ou non allégeance, en reprenant ou non les modifications souhaitées.

¹⁴²⁴.Le commissaire du Gouvernement J.C. BONICHOT avait proposé que le motif invoqué au jour de la mise en demeure puisse être remplacé le cas échéant par un motif lié à la légalité. Il déclarait: " Quand le préfet s'oppose à un projet de plan d'occupation des sols pour des motifs de légalité, sa décision doit être maintenue, dès lors que le projet est illégal, même si cette illégalité résulte d'une irrégularité de la procédure d'élaboration et quel que soit le motif qui avait été retenu à l'origine ". R.F.D.A. 1993, p. 1022. Si le raisonnement du commissaire du gouvernement avait été suivi, cela aurait conduit à admettre dans les motifs permettant la mise en oeuvre de l'article L 123-3-2 du code de l'urbanisme, que certains n'étaient pas des motifs de légalité. Ceci n'aurait pas été sans conséquence sur notre propos, dans la mesure où la substitution n'est possible que pour faire respecter la légalité.

¹⁴²⁵.Nous considérons que la loi 79-587 du 11/7/1979 relative à la motivation des actes administratifs s'applique dans cette hypothèse car la substitution est une décision individuelle qui restreint le principe de libre administration posé par la Constitution.

Section II) La France " déconcentralisée "

La France n'a pas su se donner une constitution fédérale, elle refuse aussi une décentralisation réglementaire. Pourtant historiquement des éléments d'une telle décentralisation ont été mis en place et à cet égard l'année 1982 a bouleversé la situation des organes locaux dans le processus normatif réglementaire (I). Cependant le législateur rejette encore l'institution d'une décentralisation en n'admettant pas que les organes locaux puissent disposer d'une faculté générale d'empêcher les organes centraux en matière réglementaire (II).

I) Le bouleversement de la déconcentration en 1982

Incontestablement, la réforme opérée par la loi 82-213 du 2/3/1982 a, au plan de l'organisation du pouvoir normatif en matière réglementaire, une portée considérable et nul ne s'y est trompé, il suffit pour s'en convaincre de consulter les documents parlementaires (¹⁴²⁶). L'examen de la situation des organes locaux dans la procédure normative réglementaire avant 1982 (A) fera mieux apercevoir la rupture introduite par la loi (B).

A) La déconcentration avant 1982

Le pouvoir normatif réglementaire n'était pas décentralisé mais simplement "déconcentré" en raison de la "tutelle" supportée par les organes locaux. Cette tutelle ne s'appliquait pas qu'aux organes des collectivités territoriales mais aussi aux établissements publics et aux personnes privées gérant un service public. Cependant la loi de 1982 n'affectera que les collectivités territoriales et les établissements publics en relevant. Cette tutelle mise en oeuvre par un organe central se manifestait par une faculté d'empêcher les organes locaux qui ne pouvait mettre en place une décentralisation en raison du titulaire de cette faculté d'empêcher (1) d'une part et de ses modalités (2) d'autre part.

¹⁴²⁶.Ainsi et par exemple M. DEBRE s'adressant à G. DEFFERRE déclarait: " Ici ou là, certaines apparences ne peuvent dissimuler une rupture, dont d'ailleurs en termes politiques, vous affirmez le caractère capital, en déclarant: c'est beaucoup plus qu'une réforme de l'Etat. C'est, en effet, une conception non unitaire, mais fédérative de la France ". J.O. Débats A.N. 28/7/1981, 2ème Séance, p. 328

1) L'expression personnelle de la déconcentration

Le délégué du Gouvernement en vertu de l'article 72 de la Constitution "a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois". Cette mission, depuis l'article 3 de la loi de pluviôse an VIII revient au Préfet "seul chargé de l'administration du département". L'institution préfectorale a traversé "deux empires, deux royautés, quatre républiques, trois révolutions et trois grandes guerres"⁽¹⁴²⁷⁾ et elle demeure aujourd'hui un élément essentiel du pouvoir normatif.

Ce rôle fondamental, le Préfet l'exécutait en 1982 en exerçant une faculté d'empêcher sur les organes non centraux, tout en disposant d'une faculté de statuer centrale soit à titre personnel, soit par délégation. Ce cumul de deux facultés constituait un élément de la déconcentration (a) qui était renforcé dans deux hypothèses par le fait que le Préfet était aussi un organe de la collectivité ou de l'établissement public (b).

a) Le cumul de deux facultés dans les mains du Préfet, élément de la déconcentration

On l'a écrit précédemment, l'exercice de la faculté d'empêcher par un organe central disposant aussi d'une faculté de statuer illimitée ou à tout le moins personnellement plus étendue que celle des organes non centraux, n'est pas sans influence sur la faculté de statuer non centrale. En effet, le titulaire de la faculté d'empêcher peut imposer à tous ce qu'il ne peut imposer à un.

Or, le Préfet détient à titre personnel ou par délégation une faculté de statuer sur le territoire départemental ou régional. Le Préfet de département est autorité de police générale en sa qualité de "dépositaire de l'autorité de l'Etat" ⁽¹⁴²⁸⁾ et par leur qualité de "délégué du Gouvernement" les Préfets de département et de région sont "le point de passage obligatoire" du circuit du pouvoir ⁽¹⁴²⁹⁾ car ils traduisent les décisions gouvernementales en termes réglementaires.

¹⁴²⁷.J.E. VIE "Adieu, à la préfectorale", R.A.1981, p. 463

¹⁴²⁸.J. MOREAU, Brèves remarques sur les termes juridiques officiels utilisés pour caractériser la nature et les fonctions de Commissaire de la République, ADMINISTRATION, Déc.1985, p. 42, cf. aujourd'hui l'article 1 du décret 82-289 du 11/5/1982

¹⁴²⁹.Ibid. p. 43 et article 1 des décrets 82-289 & 82-390 du 11/5/1989

Il dispose donc d'un pouvoir normatif (¹⁴³⁰) et de la capacité de prendre des actes juridiques nécessaires ou utiles aux collectivités. Ainsi, il met en oeuvre des procédures administratives (déclaration d'utilité publique, aides aux entreprises, ...), il contracte (convention en matière d'emploi, économique, ...) et il est ordonnateur secondaire et à ce titre notamment, il répartit des crédits qui font l'objet à son profit d'enveloppes globales (logements, hôpitaux, ...).

Cette capacité juridique et financière du Préfet ne peut être sans influence sur les organes supportant cette faculté d'empêcher et qui sont, alors, à la fois partenaires et contrôlés (¹⁴³¹). Le résultat apparaissait dans le rapport GUICHARD qui déclarait que "les communes sont devenues en réalité des agents chargés d'appliquer les politiques ministérielles et de pourvoir à des équipements collectifs ou de gérer des services publics pour le compte de l'Etat, sans pouvoir envisager de politiques réellement autonomes, adaptées aux problèmes à résoudre localement"(¹⁴³²).

La réunion sur la personne du Préfet de deux facultés impliquait donc une absence "d'étanchéité" de la faculté de statuer des organes locaux, qui était aggravée lorsque le Préfet était en même temps, organe du département et/ou de la région.

¹⁴³⁰.ex. en matière sanitaire & sociale pour la création et la fixation des tarifs des établissements (sur cette question, cf. P. LIGNEAU La décentralisation des politiques d'action sociale en France, p. 147, Publications de la Faculté de Droit de Poitiers, P.U.F.1990, en matière de regroupement de communes notamment dans le cadre de l'élaboration du schéma départemental prévu par la loi du 6/2/1992 ...

¹⁴³¹.cf. par ex. dans Actes du colloque 1 & 2 décembre 1978, "Décision et pouvoir", p. 137 & s et notamment les interventions d'E. HERVE p. 157 et M. GIRAUD p. 165, coll.10/18, UNION GENERALE D'EDITION, 1979, M. CASTELLS & F. GODARD Monopolville, l'Etat, L'Urbain, MOUTON, 1974

¹⁴³².Vivre Ensemble, tome 1, p. 25, LA DOCUMENTATION FRANÇAISE, 1976

b) L'identité du titulaire de la faculté d'empêcher et de la fonction exécutive régionale et/ou départementale

Ce système qui a pris fin en 1982, faisait du Préfet du département, l'exécutif du Conseil Général et du Préfet de région, l'exécutif du Conseil Régional, qui n'était alors qu'un établissement public.

En qualité d'exécutif du Conseil Général ou Régional, il était tenu d'exécuter les délibérations de ces assemblées sur lesquelles il n'exerçait pas lui-même la faculté d'empêcher ou seulement par délégation (¹⁴³³) ou à titre exceptionnel (¹⁴³⁴) mais il en était l'initiateur.

L'on voit bien, que ce dédoublement fonctionnel du Préfet, organe central par subordination personnelle (¹⁴³⁵) et organe local par la loi, ne pouvait être sans influence sur la faculté de statuer de l'assemblée locale. L'approbation des délibérations des Conseils Généraux en matière de personnel (¹⁴³⁶), dès lors qu'elles n'étaient pas conformes aux propositions préfectorales démontre à l'évidence cette influence.

Les modalités d'exercice de cette faculté d'empêcher accentueront les effets de la faculté d'empêcher sur la faculté de statuer non centrale.

2) L'expression formelle de la déconcentration

La faculté d'empêcher se traduisait par l'annulation et l'approbation des actes locaux.

Selon les collectivités, la mise en oeuvre de cette faculté ne s'effectuait pas de la même façon.

¹⁴³³.ex. en matière d'emprunts, cf. sur ce sujet B. LEROUSSÉAU Les emprunts des collectivités locales, A.J.D.A.1978, p. 433 & s

¹⁴³⁴.Art.34 loi du 10/8/1871 Le Préfet pouvait prononcer la nullité des actes pris lors de réunions illégales

¹⁴³⁵.Cette subordination résulte de l'aspect politique de la fonction préfectorale qui pour J. RIVERO était aussi essentiel que l'aspect administratif, J. RIVERO Droit administratif, p 314, DALLOZ 1965

¹⁴³⁶.Art. 9 du décret 59-36 du 5/1/1959 portant allégement du contrôle administratif sur les départements

Pour les conseils municipaux, les délibérations ne devenaient exécutoires que quinze jours après leur dépôt auprès de l'autorité supérieure (¹⁴³⁷), qui pouvait les annuler en raison de leur nullité de droit (¹⁴³⁸) ou de leur caractère annulable (¹⁴³⁹) ou en refuser l'approbation si celle-ci était requise (¹⁴⁴⁰) et qui pouvait être discrétionnaire comme le montre J.L.GOUSSEAU en matière d'approbation des emprunts extérieurs (¹⁴⁴¹).

Pour les départements, "avant 1926, ... le principe était celui de l'approbation préalable" (¹⁴⁴²) et après le décret du 5 novembre 1926, les délibérations étaient exécutoires par elles-mêmes, sauf celles qui demeuraient soumises à approbation (¹⁴⁴³), " si dans le délai de dix jours à dater de la fin de la session, le préfet n'en a pas demandé l'annulation " pour violation de la loi " (¹⁴⁴⁴). Si dans un délai de six semaines à compter de la notification au Président du Conseil Général de la demande d'annulation, celle-ci n'a pas été prononcée par décret en forme de R.A.P., la délibération devenait exécutoire. Si dans un délai de trois mois à compter de leur réception pour approbation dans les ministères, les délibérations soumises à approbation devenaient exécutoires. Le Préfet en tant qu'exécutif était le garant de l'inexécution de la délibération pendant le délai.

¹⁴³⁷.Art.L.121-31 du code des communes

¹⁴³⁸.Art.L.121-32 du code des communes: " Sont nulles de droit:

1-les délibérations d'un conseil municipal portant sur un objet étranger à ses attributions ou prises en dehors de sa réunion légale;

2-les délibérations prises en violation de la loi ou d'un règlement d'administration publique.

¹⁴³⁹.Art.L.121-35: " Sont annulables, les délibérations auxquelles ont pris part des membres du conseil intéressés à l'affaire qui en a fait l'objet, ..."

¹⁴⁴⁰.Art.L.121-38 du code des communes qui soumettait à approbation certains emprunts, les garanties d'emprunt, les interventions économiques, les foires et marchés ...

¹⁴⁴¹.J.L. GOUSSEAU Les emprunts extérieurs des collectivités locales, Article dactylographié, p. 32, Faculté de Droit de Poitiers, Avril 1977

¹⁴⁴².A. DE LAUBADERE Droit administratif, tome 1, p. 131, L.G.D.J.1963

¹⁴⁴³.Décret 59-36 du 5/1/1959 qui prévoyait l'approbation du budget en cas de déficit antérieur, de certains emprunts, des garanties d'emprunt et des délibérations en matière de personnel lorsqu'elles s'écartaient pour ces dernières, des propositions préfectorales

¹⁴⁴⁴.La jurisprudence n'est pas très abondante sur cette tutelle des départements, toutefois cf. cité par G. VEDEL dans son manuel de Droit administratif, p. 516, Coll. Thémis, P.U.F.1964, C.E.13/3/1953 Pensionnat St Louis, rec. p. 132 et C.E. 7/11/1952 Conseil Général du Rhône, rec. p 494, concl. Chardeau, et M. BOURJOL qui avait dénombré entre janvier et avril 1981, cinq annulations, trois refus d'approbation, et une substitution, Cours dactylographié Administration régionale et locale, p. 166 & s, 1981-1982, Faculté de droit de Tours

Pour la région, les délibérations étaient exécutoires de plein droit sous réserve d'une demande de seconde délibération formulée par le Préfet dans les quinze jours. Cependant l'article 7 de la loi du 5 juillet 1972 prévoyait l'annulation par décret en Conseil d'Etat des délibérations contraires à la loi ou portant sur un objet étranger aux attributions du Conseil Régional et le décret 73-856 du 5 septembre 1973 relatif au régime financier de la Région prévoyait la nécessité d'une approbation pour certaines délibérations comme en matière de garanties d'emprunt (art.2 du décret) ou concernant certains emprunts (art.16 du décret). Là encore le caractère d'organe exécutif du Préfet garantissait la non- exécution de la délibération dans l'attente de la décision gouvernementale.

Certes cette faculté d'empêcher, qu'elle s'exprime par l'annulation ou par l'approbation, était soumise au contrôle du juge qui veillait à sa régularité et notamment à ce qu'elle ait été prévue par un texte (¹⁴⁴⁵). Ce contrôle a priori, renforcé et garanti par le dédoublement fonctionnel du Préfet pour le département ou la région d'une part, et le fait que l'annulation ou l'approbation soit prononcée par un organe doté d'une faculté de statuer d'autre part, font que la faculté de statuer de l'organe local se trouvait dans une étroite dépendance de la volonté de l'organe central ou de son représentant dans la circonscription.

Cette situation était le fruit d'une évolution qui avait progressivement supprimé le plus grand nombre d'hypothèses d'approbation (¹⁴⁴⁶), comme se plaisait à souligner le sénateur M. GIRAUD, rapporteur du projet au Sénat (¹⁴⁴⁷). Cependant ce n'est pas le projet de loi pour le développement des responsabilités locales, examiné en première lecture par le Sénat en 1979

¹⁴⁴⁵.C.E. 9/1/1959 Ch. Synd. des entreprises de boulangeries, rec. p. 18

¹⁴⁴⁶. Par ex.la loi du 31/12/1970 sur la gestion municipale et les libertés locales

¹⁴⁴⁷.M. GIRAUD Rapport n° 33 sur le projet de loi droits et libertés des communes, départements et des régions, tome 1, Première session ordinaire 1981-82

(¹⁴⁴⁸), qui va bouleverser les choses mais le projet de loi "Deferre" relatif aux droits et libertés des communes, départements et régions (¹⁴⁴⁹).

B) La rupture de 1982

Le législateur va modifier les rapports organes centraux organes non centraux en s'attaquant aux caractères fondamentaux de la déconcentration réglementaire française et les modalités de la faculté d'empêcher mises en place, sont celles que l'on trouve en matière de décentralisation.

1) Les éléments de la rupture

La production scientifique a été particulièrement développée dans ce domaine, pour qu'il ne soit pas utile de reprendre l'ensemble des motifs et des moyens qui ont caractérisé cette rupture. En ce qui nous concerne, il suffit de rappeler que la dynamique nouvelle sera fondée sur la fin de l'identité entre le titulaire de la faculté d'empêcher les organes locaux avec un titulaire d'une faculté de statuer centrale, d'une part et sur un exercice a posteriori de cette faculté d'empêcher (¹⁴⁵⁰), garantissant ainsi le caractère exécutoire des actes locaux, d'autre part.

Ainsi, le Préfet (¹⁴⁵¹), appelé pour l'heure Commissaire de la République, cesse de détenir d'une façon générale une faculté d'empêcher les organes locaux (¹⁴⁵²). Il ne peut plus annuler

¹⁴⁴⁸.Ainsi le projet de loi pour le développement des responsabilités des collectivités locales adopté par le Sénat, maintenait l'approbation de certaines délibérations, cf. Doc. A.N. n° 1683, Seconde session ordinaire 1979-1980, Sur ce projet de loi, cf. M. BOURJOL Le plan de développement des responsabilités des collectivités locales, Séminaire D.E.S.S. Droit et administration des collectivités locales 1978-79, Document dactylographié, Faculté de droit de TOURS

¹⁴⁴⁹.Projet de loi n 105, Annexe au P.V. de la séance du 16/7/1981 Doc. A.N. Session de droit en application de l'article 12 de la Constitution

¹⁴⁵⁰.Toute forme d'approbation n'a pas disparu. On l'a vu en matière d'urbanisme avec l'approbation - substitution, l'approbation existe aussi en matière de participation au capital de sociétés commerciales ou d'organismes à but lucratif n'exploitant pas un service public, cf. art. L.381 & s et R.381 & s du code des communes

¹⁴⁵¹.La mutation a été difficilement acceptée par certains membres de la fonction préfectorale, cf. J.E. VIE, "Adieu à la "Préfectorale"", R.A.1981, p. 462 ou M. DOUBLET qui écrit: " La suppression des Préfet: une faute grave sur le plan de l'Etat ", R.A. 1981, p. 459

¹⁴⁵².Sous la réserve de ce que l'on a écrit précédemment.

les actes, mais simplement les transférer à la juridiction administrative. Désormais, non seulement la faculté d'empêcher relève d'un organe central, non doté d'une faculté de statuer - la juridiction administrative -, mais en outre, le Préfet n'est plus un organe local de la collectivité. L'exécutif de toutes les assemblées délibérantes est désormais élu par celles-ci, la Région, par ailleurs, devenant "collectivité territoriale de la République". La fin du Préfet "exécutif" met fin à la relative osmose institutionnelle, que la situation antérieure permettait. Si le département ou la région participent à des politiques étatiques, ce sera sur une base plus contractuelle, c'est à dire plus décentralisée que déconcentrée sans qu'il soit mis fin à la fusion des deux termes, comme on le verra.

Le caractère immédiatement exécutoire des actes locaux, dès lors qu'il a été procédé aux formalités de publicité et de transmission, manifeste la rupture avec un système dans lequel "l'autorité étatique est "appelée à consentir ou à refuser de consentir à la décision""⁽¹⁴⁵³⁾. La faculté d'empêcher les organes locaux relève donc désormais des tribunaux administratifs qui sont saisis, soit par le Préfet dans le délai de deux mois suivant la transmission des actes à celui-ci (¹⁴⁵⁴), soit par une personne ayant intérêt pour agir et dans les deux cas pour des motifs de légalité (¹⁴⁵⁵). Cette "révolution" dans l'acquisition du caractère exécutoire se traduit par un sursis à l'exécution dit "d'urgence" (¹⁴⁵⁶) qui vise à suspendre l'exécution pratiquement sans délai. La transmission, condition du caractère exécutoire des actes locaux, exprime ici, par la différence qu'elle implique avec l'acquisition de ce caractère pour les actes de l'Etat, un

¹⁴⁵³.J.F. LACHAUME Contrôle Administratif, Fasc.1, JURISCLASSEUR COLLECTIVITES LOCALES

¹⁴⁵⁴.Le Conseil Constitutionnel avait considéré que la transmission au représentant de l'Etat était liée à l'acquisition du caractère exécutoire, cf.A.J.D.A.1982, p 294 et la note de J. BOULOUIS, p 303. Suite à cette décision, le législateur est intervenu par la loi 82_623 du 22/7/1982 pour poser cette liaison entre caractère exécutoire et transmission au représentant de l'Etat, cf. A. DELCAMP, A.J.D.A. 1982, p. 500. La transmission n'est requise que pour les actes les plus importants, qu'énumère la loi (complété depuis d'ailleurs, notamment avec la transmission de toutes les décisions d'urbanisme), pour les autres le Préfet peut saisir le juge dans le délai de deux mois suivant sa prise de connaissance de l'acte.

¹⁴⁵⁵.Ceci n'exclut pas une appréciation comme on l'a vu en première partie et comme l'impliquait la décision du Conseil Constitutionnel qui affirmait que le représentant de l'Etat devait pouvoir assurer le respect de toutes les dispositions de l'alinéa 3 de l'article 72, A.J.D.A.1982, p. 295. La circulaire du 5/3/1982 relative au contrôle de légalité des actes des collectivités locales, reprenait cette idée en définissant la nature de l'appréciation que devait effectuer les représentants de l'Etat, A.J.D.A.1982, p. 297

¹⁴⁵⁶.G. KOUBI Acte exécutoire et actes des autorités locales, R.D.P.1990, p. 1517

pas vers la décentralisation du pouvoir normatif, mais non vers l'autonomie normative ⁽¹⁴⁵⁷⁾ inconciliable avec l'idée même d'ordre juridique (cf.1 ère partie). C'est une nouvelle organisation du pouvoir normatif, autour des facultés de statuer et d'empêcher, qui s'esquisse dans un ordre juridique donné et non l'instauration d'un nouvel ordre juridique.

Ceci apparaît nettement dans les modalités du contrôle.

2) Les modalités de la rupture

Si le législateur garantit la faculté de statuer des organes locaux en modifiant le régime de la faculté d'empêcher qui pesait sur elle, il ne la supprime pas et donc maintient l'unité de l'ordre juridique.

a) La garantie de la faculté de statuer locale

Cette garantie est donnée par le refus du Conseil Constitutionnel d'admettre que le déféré préfectoral entraîne automatiquement le sursis à l'exécution de l'acte local, d'une part, et par l'appréciation de la légalité au jour de la décision et non au jour de la transmission, d'autre part.

Dans la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ⁽¹⁴⁵⁸⁾, le législateur avait à l'article 83, rallongé de un ⁽¹⁴⁵⁹⁾ à trois mois le délai dans lequel le juge devait se prononcer sur les demandes de sursis à l'exécution dont il est saisi par le Préfet, d'une part et pour certaines demandes de sursis relatives aux marchés, aux conventions de délégation de service public et aux décisions en matière d'urbanisme, la demande du Préfet entraînait automatiquement suspension de l'exécution de l'acte contesté, d'autre part.

¹⁴⁵⁷.G. KOUBI écrit: " La transmission se présente comme une des méthodes pour le pouvoir central de réguler les activités juridiques des collectivités locales ", Actes exécutoire et actes des autorités locales, R.D.P.1990, p. 1507

¹⁴⁵⁸.Loi 93-122 du 29/1/1993, J.O. 30/1/1993 p. 1588

¹⁴⁵⁹.Délai d'un mois posé par l'art.44 de la loi 92-125 du 6 février 1992

Cette disposition était pour le moins curieuse, car elle accordait automatiquement, ce qui faisait l'objet de la demande! Ou bien le législateur pensait que les actes dans les matières concernées, devaient n'être exécutoires que passé un délai de trois mois, ou bien il maintenait les prérogatives du juge pour apprécier la réunion des conditions du sursis! En fait, craignant que la multiplication des hypothèses dans lesquelles les actes locaux n'étaient exécutoires que sous réserve de leur contrôle préalable par le Préfet ⁽¹⁴⁶⁰⁾, n'irritent les élus locaux, habiles à dénoncer un retour à la tutelle, le législateur a préféré en conservant l'apparence d'un contrôle juridictionnel, aménager le régime de ce dernier de telle façon à obtenir un décalage dans le temps de l'exécution des actes locaux.

Le recours au juge ⁽¹⁴⁶¹⁾ devenait ainsi le paravent légal de la contestation du caractère exécutoire des actes locaux. La loi transférait, en fait, au juge le pouvoir d'approbation et la responsabilité de son exercice ou non-exercice dans un délai inférieur à trois mois.

Le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 20 janvier 1993 ⁽¹⁴⁶²⁾ n'a pas été dupe du procédé qui a encouru ses foudres d'office. Ni les députés, ni les sénateurs n'avaient contesté la constitutionnalité de cette disposition. Concernant les Sénateurs, ceci conduit à s'interroger sur les propos de A. DELCAMP, selon lequel " le Sénat joue ... un rôle non pas de tuteur, mais de protecteur des élus locaux "⁽¹⁴⁶³⁾.

En effet, la juridiction constitutionnelle a considéré que ce sursis automatique pendant trois mois privait " de garanties suffisantes l'exercice de la libre administration des collectivités locales prévue à l'article 72 de la Constitution ...".

¹⁴⁶⁰.cf. en matière d'urbanisme l'art.R.123-3-2 du code de l'urbanisme qui institue une approbation - substitution (supra)

¹⁴⁶¹.M. BOURJOL avait déjà évoqué l'orientation " vers un véritable "gouvernement des juges"" à propos de la loi 92-10 du 4/1/1992 relative au recours en matière de passation de certains contrats et de la loi 92-125 relative à l'administration territoriale de la République, A.J.D.A.1992, p. 143.

¹⁴⁶².C.C.20/1/1993 Décision 92-316, R.F.D.A.1993, p. 901, note D. POUYAUD, et M. GUIBAL, A.J.D.A.1993, commentaire de la loi, p. 186

¹⁴⁶³.A. DELCAMP Le Sénat et la décentralisation, tome 3, p. 931, Thèse pour le doctorat d'état, Université Paris I

La décision du Conseil apporte deux précisions. La première concerne la durée du différé d'acquisition du caractère exécutoire, il doit être inférieur à trois mois. La seconde a trait à l'étendue matérielle d'application du différé, elle doit être marginale et non concerner "des domaines importants relevant de (la) compétence" des collectivités.

Cette décision du Conseil Constitutionnel renforce l'autonomie de la faculté de statuer locale, comme le Conseil d'Etat l'a fait en déterminant le moment de l'appréciation de la légalité de la décision locale.

A quel moment doit être appréciée la légalité de la décision locale ? Au jour où elle est prise ou au jour de sa transmission ? La solution n'était pas évidente même si la solution appliquée avant 1982 tirait vers ce principe (¹⁴⁶⁴) montrant ainsi l'existence de l'acte sous tutelle indépendamment de l'acte de tutelle. Il était dès lors difficile d'admettre que la loi de 1982 modifiée, en posant l'obligation de transmission, changeait cet état de fait (¹⁴⁶⁵).

Le Conseil d'Etat, dans sa décision "Ville de Nemours" (¹⁴⁶⁶) va considérer que la transmission est une condition de l'application de l'acte et non une condition de son entrée en vigueur définie comme le moment où " l'acte est susceptible de produire des effets de droit " (¹⁴⁶⁷). Cette jurisprudence est conforme à la solution antérieure affirmée dans l'arrêt Ville de Cayenne (¹⁴⁶⁸) et confirmée depuis (¹⁴⁶⁹).

¹⁴⁶⁴.S. REGOURD montrait que l'acte sous tutelle, même non approuvé pouvait faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et pouvait créer des droits, "L'acte de tutelle en droit administratif français, p. 457 & s, L.G.D.J.1982

¹⁴⁶⁵.Sur cette question, cf. F.P. BENOIT Le caractère exécutoire des actes des collectivités locales, p. 4531 & s, ENCYCLOPEDIE DALLOZ COLLECTIVITES LOCALES

¹⁴⁶⁶.C.E.30/9/1988 Ville de Nemours, A.J.D.A. 1988, p. 739, Concl. Y.MOREAU

¹⁴⁶⁷.Ibid. p. 4532-6, et R. CHAPUS Droit administratif, p. 844, MONTCHRESTIEN 1992

¹⁴⁶⁸.Dans cette décision, le juge avait considéré que l'acte non publié et non notifié avait créé des droits, C.E.19/5/1973 Ville de Cayenne, A.J.D.A. 1973, p. 538, note P.FERRARI

¹⁴⁶⁹.C.E.31/3/1989 LAMBERT, A.J.D.A.1989, p. 338 à propos d'un internement psychiatrique par un Maire, qui n'avait pas notifié la décision à l'intéressé. Dans une décision ne concernant pas les organes locaux, le juge a affirmé "que l'existence d'un acte n'est pas subordonnée à sa publication ou à sa notification ", C.E.21/12/1990 Conf. NAT. des Assoc. Familiales Catholiques, R.F.D.A.1990, p. 1075, Concl. B. STIRN, p. 1075

Cette décision "Ville de Nemours" avait été rendue contre l'avis du Commissaire du Gouvernement Y. MOREAU qui considérait que la transmission relevant de l'initiative locale, on ne pouvait l'assimiler à l'approbation d'avant 1982.

Il est vrai que cette jurisprudence permet certaines facilités à l'organe local. Ainsi, la nomination le 1er février 1990 d'un employé communal sur un emploi spécifique créé par le Conseil municipal sur le fondement de l'article L.412-2 du code des communes (abrogé aujourd'hui), était légale nonobstant la transmission de l'arrêté de nomination postérieurement à la publication le 10 février 1990 du décret portant statut particulier du cadre d'emplois des ingénieurs territoriaux, qui n'autorisait plus à partir de cette date la nomination sur des emplois spécifiques dans la filière technique (¹⁴⁷⁰).

Cependant la thèse du commissaire du gouvernement Y. MOREAU n'était guère admissible dans la mesure où, en matière de délibération locale, elle dotait l'exécutif d'un droit de veto, puisque l'entrée en vigueur des délibérations était subordonnée à leur transmission.

Cette garantie de la faculté de statuer locale est pondérée par les modalités de l'intervention du juge.

b) La garantie de l'unité juridique

Ce que l'on appelle la norme locale, n'est rien d'autre qu'une norme de l'Etat matériellement et territorialement déterminée. Elle accède à ce titre en supportant une faculté d'empêcher centrale dont la mise en oeuvre peut être plus ou moins rapide et efficace. A cet égard, le régime du déféré préfectoral, assimilé largement à un recours pour excès de pouvoir, et celui du sursis à l'exécution des actes locaux visent à maintenir l'unité du pouvoir normatif de l'Etat dans le niveau hiérarchique considéré: le règlement.

¹⁴⁷⁰.T.A. ORLEANS 5/3/1191 Préfet d'Indre & Loire c/ Com. de St Pierre des Corps, Req.90-1231, et sur les suites de cette décision cf. T.A. ORLEANS 15/6/1993, Req. 91-1383

L'assimilation du déferé au recours pour excès de pouvoir, si elle n'est pas totale (¹⁴⁷¹), permet au Préfet d'exercer son contrôle dans un délai plus long que celui de deux mois à compter de la transmission inscrit dans la loi. Cette assimilation va se manifester par l'exigence d'un recours motivé (¹⁴⁷²) et par l'admission de la prolongation du délai par un recours administratif du Préfet (¹⁴⁷³). Cette prolongation pourra aussi résulter d'une transmission incomplète des actes et de leurs annexes (¹⁴⁷⁴) qui doivent toutefois être strictement nécessaires à l'appréciation de la légalité (¹⁴⁷⁵).

Cette assimilation du déferé au recours pour excès de pouvoir doit permettre au Préfet de saisir le juge avant même la transmission et même de faire un recours administratif dans cette hypothèse (¹⁴⁷⁶), sans craindre de se voir opposer la connaissance acquise tant en raison de la jurisprudence antérieure (¹⁴⁷⁷) que des dispositions de la loi qui font courir le délai du déferé à compter de la transmission.

C'est donc un vaste espace de "négociation - persuasion"(¹⁴⁷⁸) que cette assimilation lui ouvre du fait de la durée importante du délai pour introduire un recours. Cependant ceci ne conduit pas à différer juridiquement mais politiquement le caractère exécutoire de l'acte. Le régime du

¹⁴⁷¹.sur ce point cf. J. MOREAU Bilan jurisprudentiel du contrôle administratif de légalité, A.J.D.A.1992 p. 57 et J.F. LACHAUME Contrôle administratif, Fasc.1, n° 48, JURISCLASSEUR ADMINISTRATIF Ainsi le recours pour excès de pouvoir n'est pas possible contre les contrats, alors que le déferé le permet pour les conventions en matière de marché par ex.

¹⁴⁷².C.E.27/2/1987 Com. de Grand Bourg de Marie Galante, A.J.D.A.1987, p. 418, note X. PRETOT et R.F.D.A.1987, p. 212, Concl. B. STIRN et p. 219, note J.C. DOUENCE

¹⁴⁷³.C.E.18/4/1986 Com.de la République d'Ile & Vilaine, A.J.D.A.1986, p. 415

¹⁴⁷⁴.C.E.13/1/1988 Mutuelle générale des personnels des collectivités locales, A.J.D.A.1988, p. 160

¹⁴⁷⁵.Si le Préfet demande des pièces non nécessaires à l'appréciation de la légalité, sa demande ne prorogera pas le délai, cf.C.E.31/3/1989 Dlle MEMET, A.J.D.A.1989, p 538, Concl. D. LEVIS et note J.B. AUBY, p. 548

¹⁴⁷⁶.La loi 92-10 du 4 janvier 1990 relative aux recours en matière de passation de certains contrats renforcera cette possibilité lorsque le Préfet sera "informé" par un tiers lésé d'un manquement aux règles de publicité. Le Préfet ne bénéficiant pas des dispositions de cette loi pourra toujours faire profiter le tiers non désireux de mettre en oeuvre la procédure prévue, de sa capacité de mettre en oeuvre ultérieurement le contrôle administratif.

¹⁴⁷⁷.ex.C.E. 9/5/1980 Com. de Champagne de Blanzac, A.J.D.A.1981, p. 103, note M. BELANGER

¹⁴⁷⁸.J.C. HELIN La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit, R.F.D.A.1987, p. 765, du même auteur, Le Préfet, les élus et le juge, LES PETITES AFFICHES 1992, n° 151, p. 12

sursis renforce cette capacité du Préfet à contenir l'acquisition du caractère exécutoire des actes locaux, mais cette fois-ci d'une façon juridique.

Le sursis à l'exécution comme son nom l'indique, permet de suspendre le caractère exécutoire de l'acte. Il constitue donc une atteinte directe à la faculté de statuer locale, privée alors " du "privilège du préalable" dont bénéficie l'administration "(¹⁴⁷⁹).

Le sursis à l'exécution mis en place par la loi du 2 mars 1982 déroge au régime du sursis applicable aux actes administratifs avant la loi. En effet, le Préfet peut demander en même temps que l'annulation de l'acte local, que soit ordonné le sursis à l'exécution en l'attente de la décision au fond (¹⁴⁸⁰) et le juge doit faire droit à cette dernière demande, si le Préfet invoque au moins un moyen sérieux à l'appui de sa requête en annulation.

En supprimant l'exigence d'un préjudice irréparable dont la preuve est réclamée dans le sursis de droit commun, et en contraignant le juge à prononcer le sursis si la condition posée est réalisée, le législateur a maintenu l'unité du pouvoir normatif. D'une part, l'exercice de la faculté d'empêcher par un juge, organe central, garantit la faculté de statuer centrale et d'autre part, la limitation du contrôle à celui de la légalité se rapporte alors à la garantie de la répartition du pouvoir normatif (¹⁴⁸¹) opérée par les normes supérieures, constitution, lois et principes généraux du droit, non seulement entre les organes chargés de mettre en oeuvre le pouvoir réglementaire, mais aussi entre ceux-ci et ceux mettant en oeuvre le pouvoir législatif (¹⁴⁸²). Si la légalité et donc la répartition dudit pouvoir normatif, n'était pas affaire d'appréciation, on pourrait considérer que ce système garantit ipso facto la faculté de statuer locale.

¹⁴⁷⁹.G. KOUBI Acte exécutoire et actes des autorités locales, R.D.P.1990, p. 1513

¹⁴⁸⁰.Art.3, 46 & 69 de la loi

¹⁴⁸¹.D. CHABANOL écrit: " Dans le mécanisme mis en place par les lois de décentralisation, l'auteur de la requête, par commissaire de la République interposé, est la collectivité nationale ou l'Etat, et son objectif n'est plus d'obtenir un avantage individuel, mais d'assurer le respect des lois. A.J.D.A.1983, p. 73

¹⁴⁸².Même si c'est un peu abrupt, on pourrait considérer que le contentieux de l'annulation des actes locaux est exclusivement un contentieux de la compétence. Ainsi la violation de la loi ne serait pas autre chose que la violation de la compétence du législateur...

A ce premier élément de garantie de la faculté de statuer centrale s'ajoute un autre. La faculté d'empêcher comprend ce "sursis allégé" et un sursis d'urgence qui, s'il caractérise le caractère exécutoire des actes locaux (¹⁴⁸³), participe à l'affirmation de l'unité du pouvoir normatif. En effet, il permet à condition que soit invoqué un moyen sérieux d'annulation (¹⁴⁸⁴), d'obtenir sous quarante huit d'heures du Président du Tribunal Administratif, le sursis à exécution des actes "de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle"(¹⁴⁸⁵).

Ces sursis tendent, sans pouvoir y parvenir, à faire jouer à la faculté d'empêcher exercée par le juge, le même effet que celle exercée hier par le Préfet. Elle ne peut y parvenir parce que le juge n'est pas doté d'une faculté de statuer, il n'est pas administrateur. Elle ne peut y parvenir parce que même si ce contrôle de légalité peut être exercé en opportunité, il ne peut devenir purement et simplement un contrôle d'opportunité, qui mettrait en cause la légitimité du contrôle. Alors, si à la façon d'une asymptote, ce contrôle peut tendre vers une simple approbation, il apparaît que s'il peut garantir la faculté de statuer centrale, il risque de ne pas garantir la faculté de statuer locale, d'où la nécessité d'accorder aux collectivités territoriales une faculté d'empêcher les organes centraux pour que le régime de production des actes réglementaires soit décentralisé.

Or, à ce jour, une telle faculté d'empêcher reconnue à des organes locaux et s'exerçant sur la faculté de statuer centrale demeure une revendication, manifestant ainsi le maintien d'un régime de déconcentration.

II) Le maintien d'un régime de déconcentration après 1982

Si, lorsque l'approbation des actes locaux est conservée, il n'y a pas de doute sur le caractère déconcentré du pouvoir normatif correspondant, on aurait pu penser que, lorsque le juge exerce la faculté d'empêcher, le législateur avait établi dans les hypothèses visées, une

¹⁴⁸³.G. KOUBI Acte exécutoire et actes des autorités locales, R.D.P. 1990, p. 1517 & s

¹⁴⁸⁴.C.E. Ord. Président Section du Contentieux 15/12/1982 Commune de GARCHES, R.D.P.1983, p. 211, note R. DRAGO

¹⁴⁸⁵.Art. 3 loi du 2/3/1982 modifiée par la loi 82-623 du 22/7/1982, A.J.D.A.1982, p. 545 & s

décentralisation du pouvoir normatif. Cela aurait été vrai si parallèlement dans les mêmes matières, la loi avait reconnu aux organes locaux la capacité d'empêcher les organes centraux.

En effet, le transfert de la faculté d'empêcher au juge est incontestablement, un élément de la décentralisation, mais il n'a pas été accompagné de la reconnaissance d'une faculté d'empêcher au profit des organes locaux sur les actes des organes centraux, c'est à dire sur la faculté de statuer centrale.

Cette situation conduit à se demander, si en France, même au niveau réglementaire, la volonté des organes centraux peut être arrêtée (¹⁴⁸⁶)? Il y a, et c'est presque un euphémisme, une sorte de répulsion à admettre dans notre pays une telle idée, sans doute en raison de l'idéologie de la volonté générale et de l'intérêt général (¹⁴⁸⁷).

Il n'y a donc rien de bien étonnant que cette réticence s'exprime dans notre domaine où l'on envisage ni que les organes locaux puissent empêcher les organes centraux (A), ni d'associer ces organes locaux à la faculté de statuer centrale de telle façon que ce corps normatif " étant composé de deux parties, l'une (enchaine) l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher "(¹⁴⁸⁸) (B).

A) Le refus d'une faculté d'empêcher les organes centraux

Ce refus concerne aussi bien les citoyens que les organes locaux.

¹⁴⁸⁶.La question n'est pas nouvelle. Elle adonné lieu à de nombreuses réflexions, cf. à titre d'exemples: Y. JEGOUZO " Le processus décisionnel en matière énergétique: bilan et perspectives" p. 141, Etudes de la faculté de droit de Tours, ECONOMICA, 1984, B. TOULEMONDE "Les associations, l'environnement et le droit", p. 7, Travaux et recherches de la Faculté de droit de Nantes, ECONOMICA, 1984. Il semble que la réponse se borne à améliorer la communication, cf. par ex. P. COUTEPEROUMAL "Une restructuration des dossiers d'enquête publique pour une meilleure communication", Mémoire D.E.S.S., Service d'études techniques des routes et autoroutes-Ministère des Transports, Juillet 1992

¹⁴⁸⁷.sur ce point, cf. M.P. DESWARTE Intérêt général et bien commun, R.D.P. 1988, p. 1289

¹⁴⁸⁸.MONTESQUIEU L'esprit des lois, tome 1, p. 302, GARNIER FLAMMARION, 1979

1) Le refus d'une faculté d'empêcher au profit des organes locaux

Le droit français préfère traiter la dissidence individuelle que l'opposition collective qui n'est admise que marginalement.

a) L'admission marginale du refus collectif

Les regroupements de communes constituent le domaine d'expression privilégiée de cette faculté d'empêcher reconnue aux organes non centraux. On constatera, et ce n'est pas sans signification, que cette faculté d'empêcher n'est pas présentée comme s'exerçant sur une faculté de statuer centrale. Ainsi, en matière de regroupement, ce n'est pas tant la volonté préfectorale qui est arrêtée (¹⁴⁸⁹), alors même qu'il fixe le périmètre, que celles des communes initiatrices d'un projet ne recueillant pas l'assentiment général (¹⁴⁹⁰).

En matière donc de création d'établissement public de coopération intercommunale, la loi reconnaît une faculté d'empêcher à un tiers des communes du périmètre si elles représentent plus de 50% de la population. Dans ce cas, elles ne seront pas intégrées à l'établissement public, s'il est finalement créé.

Les conditions posées font que cette faculté d'empêcher n'en est pas une et qu'ainsi elle apparaît largement factice. En effet, tout dépend de la définition du périmètre de consultation. Si le périmètre est défini par le Préfet, comme c'est le cas dans les hypothèses autres (¹⁴⁹¹) que celle mettant en oeuvre le schéma départemental de coopération intercommunale, on peut évidemment obtenir le résultat souhaité, à l'instar des pratiques en matière de découpage

¹⁴⁸⁹.Le Préfet dispose en la matière d'un pouvoir discrétionnaire, C.E.13 mars 1985 Ville de CAYENNE, A.J.D.A.1985, p. 376, note L. RICHER. Cette solution adoptée à propos d'une création à la majorité qualifiée semble être étendue aux hypothèses où existe une unanimité des communes comme semble en rendre compte la circulaire ministérielle du 12/5/1992 relative à l'application de la loi du 6/2/1992 qui déclare: " Dans tous les cas, le pouvoir discrétionnaire de création d'un EPCI par le Préfet est pleinement conservé" Circ. Int.B.9200139C

¹⁴⁹⁰.Ou celui de la commission départementale ayant arrêté un schéma prévoyant la création de communautés de communes, de villes ou urbaines. La loi 92-125 du 6/2/1992 crée une commission départementale de la coopération intercommunale qui doit élaborer un schéma de cette coopération dans le département prévoyant la création ou la modification de structures de coopération. Ce schéma doit être achevé avant le 31/12/1993, dernière échéance fixée à ce jour.

¹⁴⁹¹.cf. Art. L.163-1 et s du code des communes

électoral. Dans le cas de mise en oeuvre du schéma, les manipulations apparaissent moins possibles car elles supposent l'accord de la commission départementale de la coopération intercommunale. En effet, les articles 69 et 70 de la loi du 6 février 1992 prévoient que le périmètre des communautés urbaines et de villes est défini dans le schéma lui-même, à charge pour les communes concernées de confirmer ou non ce périmètre.

Cette faculté d'empêcher collective existe aussi en matière d'urbanisme et là s'applique à la volonté d'un organe central. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le Préfet prend l'initiative de l'élaboration ou de la modification d'un schéma directeur (¹⁴⁹²) qui si elle n'est pas approuvée dans le délai de deux ans peut conduire le Préfet à réaliser cette opération. Si à son issue, le quart des communes intéressées ou une ou plusieurs d'entre elles représentant plus du quart de la population font connaître leur opposition, le Préfet ne peut procéder à l'établissement du schéma (¹⁴⁹³). Cependant la faculté d'empêcher des communes pourra être surmontée par décret en Conseil d'Etat (¹⁴⁹⁴).

Si le refus collectif de la volonté centrale n'est pas ou peu développé, le retrait individuel est plus facilement admis.

b) La reconnaissance d'un droit à la dissidence individuelle

Ce titre provocateur est volontairement utilisé pour montrer que dans une telle hypothèse, nous ne sommes plus dans l'exercice d'une faculté d'empêcher les organes centraux mais dans l'exercice de la volonté de s'abstraire pour soi d'un système, d'un ordre (¹⁴⁹⁵). Une volonté unique suffit pour que soit rejetée l'application de la règle à celui exprimant cette volonté. Une telle capacité doit être nécessairement marginale sauf à admettre l'éclatement du système juridique. De ce fait, elle devrait être plus faiblement reconnue que la faculté d'empêcher collective. En France, elle n'est pas une hypothèse d'application générale pour la raison évoquée ci-dessus mais elle est malgré tout plus étendue que la faculté d'empêcher collective.

¹⁴⁹².Art.L.122-1-4 du code de l'urbanisme

¹⁴⁹³.Dernier alinéa de l'art.L.122-1-4 et art.L.122-3 du code de l'urbanisme

¹⁴⁹⁴.Art.L.122-3 du code l'urbanisme

¹⁴⁹⁵.C'est l'équivalent du refus de ratification d'un accord international

De la même façon que précédemment, on remarquera que ce n'est pas tant de la volonté préfectorale, que de celles des communes initiatrices, que l'on cherche à s'abstraire.

On trouve principalement cette hypothèse encore, en matière de regroupement communal où elle s'exprime par la nécessité d'inclure dans la majorité qualifiée les communes représentant plus du quart ⁽¹⁴⁹⁶⁾ ou de la moitié ⁽¹⁴⁹⁷⁾ de la population totale, d'une part et par l'impossibilité d'inclure dans une communauté urbaine une commune qui ne disposerait pas d'une représentation directe au conseil de communauté ⁽¹⁴⁹⁸⁾, d'autre part.

Mais on la trouve aussi en matière d'urbanisme, où une commune peut se retirer d'un schéma directeur si ses intérêts essentiels sont menacés ⁽¹⁴⁹⁹⁾. Cette hypothèse est plus singulière puisque l'on sait qu'un schéma directeur peut être mis en place ou modifié par volonté des organes centraux ⁽¹⁵⁰⁰⁾.

2) Le refus d'une faculté d'empêcher populaire

La France a peur de ses citoyens. La réticence exprimée ⁽¹⁵⁰¹⁾ sous couvert d'inconstitutionnalité ⁽¹⁵⁰²⁾, à l'encontre du référendum local ⁽¹⁵⁰³⁾ n'est pas nouvelle et traduit

¹⁴⁹⁶.Code des Communes: Art.L.163-& pour les syndicats, art.L.164-1 pour les districts, art.L.167-1 pour les communautés de communes

¹⁴⁹⁷.Code des Communes: Art.L.165-4 pour les communautés urbaines et art.L.168-1 pour les communautés de villes

¹⁴⁹⁸.Art.L.165-4 du code des Communes

¹⁴⁹⁹.Art.L.122-1-3 du code de l'urbanisme

¹⁵⁰⁰.Art.L.122-1-4 du code de l'urbanisme

¹⁵⁰¹.Lors d'un débat sur le thème du référendum communal, M. AURILLAC considérait qu'"au-delà, cette question du référendum local se pose celle, plus générale, de la démocratie directe en France, question qui mériterait de rester un certain temps à l'ordre du jour", Table ronde du Coline, CAHIERS DU SECTEUR PUBLIC, Avril 1982, p. 25

¹⁵⁰².L'article 152 du projet de loi pour le développement des collectivités locales prévoyait l'institution d'un référendum décisionnel dans les communes. Le rapporteur au Sénat, L.de TINGUY, considéra que cette disposition était inconstitutionnelle car elle méconnaissait l'article 72 de la Constitution qui prévoit l'exercice de la libre administration par des Conseils élus. L. de TINGUY, Rapport n° 307, p. 86, Seconde session ordinaire de 1978-79

la crainte d'une modification du système politique mettant en cause l'"utilité sociale" des élus (¹⁵⁰⁴). La loi du 6 février 1992 qui institue le référendum communal en dehors de l'hypothèse des fusions de communes (¹⁵⁰⁵) en constitue une nouvelle démonstration.

Sans nous attacher aux motifs de cette réticence, qui relève d'une autre étude, constatons qu'en ce qui nous concerne la loi du 6 février 1992 manifeste expressément la volonté de ne pas permettre la contestation de la volonté des organes centraux par un éventuel référendum. Tout est fait pour limiter la portée de cette consultation et en restreindre l'organisation.

a) Des modalités restrictives d'organisation

Le rapport Vivre Ensemble (¹⁵⁰⁶) considérait que toute précaution était illusoire en matière de référendum local. Il semble pourtant, que celui institué par la loi du 6 février 1992 est susceptible d'apaiser les craintes.

Ses conditions font que l'on aura du mal à croire que le référendum ne soit pas le plus souvent "un plébiscite camouflé" (¹⁵⁰⁷). D'abord, la consultation n'est pas d'initiative populaire, ensuite la procédure permet d'éviter les demandes non désirées et enfin l'interdiction d'organisation cumulée avec d'autres élections évite les agrégations délicates.

¹⁵⁰³. Sur cette question, cf. M. GUILLAUME-HOFNUNG, Fasc. Référendum, JURISCLASSEUR COLLECTIVITES LOCALES, et M. BOURJOL "Participation et décentralisation, CAHIERS DU SECTEUR PUBLIC, Avril 1983, p. 27

¹⁵⁰⁴. J.L. PEREAU, Quelle perspective pour le référendum communal en France après l'adoption de la loi sur l'organisation de l'administration territoriale, LES PETITES AFFICHES 1992, n° 114, p. 14. Cette crainte est peut-être liée aussi à ce que l'on appelle la crise de représentation dont B.LACROIX disait qu'elle était " l'expression de l'inquiétude, du désarroi ou du dégoût devant des formes désordonnées et brouillonnes de contestation, chez tous ceux au profit desquels fonctionnent la représentation: l'expression d'un sens commun dominant comme tentative pour maîtriser symboliquement avant de tenter de maîtriser pratiquement un ensemble de manifestations dont ils ignorent les causes et dont ils craignent les résultats ", dans " La représentation ", Table ronde du 2ème congrès de l'A.F.S.P. Grenoble (janvier 1984), p. 184, ECONOMICA 1985

¹⁵⁰⁵. L'article L.112-2 du code des communes permet la consultation des citoyens en cas de fusion de communes

¹⁵⁰⁶. Vivre ensemble, rapport de la commission de développement des responsabilités locales, p. 219, LA DOCUMENTATION FRANÇAISE 1976

¹⁵⁰⁷. M. BOURJOL Participation et décentralisation, CAHIERS DU SECTEUR PUBLIC, Avril 1983, p. 30

La distinction de l'initiative du référendum de la décision d'organiser la consultation permet de parer à toutes les mauvaises intentions éventuelles. Ainsi l'initiative appartient au Maire dans toutes les communes, au tiers des membres du Conseil dans les communes de plus de 3500 habitants et à la moitié de ces membres dans les autres communes.

Ces seuils protègent contre tout spontanéisme désordonné même dans les communes de plus de 3500 habitants puisque le système électoral permet à la liste majoritaire de détenir environ 75 % des sièges.

Enfin, si ce seuil est atteint ou lorsque le maire a pris l'initiative, la décision d'organiser la consultation est décidée à la majorité des suffrages exprimés (¹⁵⁰⁸). Là encore, on constate que le système électif dans les communes de plus de 3500 habitants constitue un verrou efficace.

Dès lors que le "danger" de velléités référendaires minoritaires était écarté, le législateur a entendu prémunir les organes centraux de "fantaisies" majoritaires. Ainsi la consultation n'est pas possible pendant " les campagnes électorales précédant les élections au suffrage universel direct ou indirect " de façon à éviter toute agrégation d'expressions, délicate à interpréter et un délai d'un an doit séparer deux consultations. Ce délai est doublé si la question posée est identique à la première.

Enfin à la tentation plébiscitaire, il ne sera pas possible de succomber à partir du 1er janvier de l'année civile précédant l'année des élections municipales.

Si l'on veut bien additionner ces différentes impossibilités temporelles, on constatera que les hypothèses de consultation seront marginales ou exigeront de savants calculs.

Ces restrictions formelles sont à la mesure des conditions de fond posées par le législateur pour éviter que la légitimité du suffrage universel ne vienne brouiller les cartes des rapports entre organes centraux et non centraux.

¹⁵⁰⁸. Dans les communes de moins de 3500 h, cette délibération nécessaire apparaît totalement superflue puisque l'initiative émane obligatoirement de la majorité des membres du Conseil. Dès lors cette délibération ne peut avoir que pour objet de permettre le contrôle des organes centraux sur la procédure lancée.

b) La nécessaire pondération de l'expression populaire

L'origine de la méfiance à l'égard du référendum local est liée à son action sur le pouvoir central (¹⁵⁰⁹), par l'effet cumulé des votes dans de petites circonscriptions (communes), ou le sens d'un vote dans une grande circonscription (département, région), ou les deux (¹⁵¹⁰).

Pour limiter la portée de l'expression populaire, la loi du 6 février 1992 affirme haut et fort, que le Conseil municipal n'organise qu'une consultation, qu'une demande d'avis, ainsi que l'impose expressément le dernier alinéa de l'article L.125-2 du Code des communes. Le citoyen ne décide pas, il est invité à participer à la réflexion de ses élus.

Cependant toute consultation populaire voit son résultat interprété comme politiquement obligatoire, à défaut de l'être toujours juridiquement (¹⁵¹¹). Le référendum communal institué par la loi de 1992, n'échappera pas à cette fatalité et la provoque même puisque la consultation est organisée sur une décision (¹⁵¹²), et ainsi donc la transition vers un référendum décisionnel sera plus aisée, même si juridiquement le Conseil demeure le maître.

Aussi cette déviation étant difficile à éviter, le législateur limite la portée de la consultation, notamment à l'encontre des organes centraux, en ne l'autorisant que dans les communes et pour des "des motifs locaux".

Seules les communes sont en effet expressément autorisées par la loi de 1992, à organiser des référendums et cette exclusivité a été, ainsi que le montre F.LINDITCH, affirmée par le Ministre lors des débats lorsqu'il refusa un amendement proposant d'élargir le champ du

¹⁵⁰⁹.cf. à cet égard, T.A. St Denis de la Réunion, 2/8/1982, J.C.P.1983, n° 19994

¹⁵¹⁰.Sur ce point cf. M. BOURJOL La réforme municipale, p. 86, Berger-Levrault 1975, J.L. PEREAU Quelle perspective pour le référendum communal ..., LES PETITES AFFICHES 1992, n° 114, p. 12

¹⁵¹¹.J.L. PEREAU évoque un cas de référendum local dont le résultat ne fut pas suivi par le Conseil municipal, Quelle perspective pour le référendum communal ..., LES PETITES AFFICHES 1992, n° 114, p. 10

¹⁵¹². L'exigence d'une consultation sur une décision est sanctionnée par le juge, cf. T.A. LILLE 16/7/1992 Commune d'Haumont dans laquelle le juge annule la délibération organisant la procédure au motif qu'elle porte sur la mise en évidence et l'exposition des problèmes communaux par le maire aux autorités, (décision non publiée).

référendum à d'autres collectivités (¹⁵¹³). Si malgré cette disposition claire, il n'est pas impossible que les Départements et les Régions prennent des initiatives de consultation (¹⁵¹⁴), les Préfets et les juges pourraient enrayer ces tentatives, même si dans le passé les premiers n'avaient pas fait preuve d'une hostilité particulière à l'encontre du référendum local (¹⁵¹⁵), alors que les seconds le condamnaient systématiquement (¹⁵¹⁶).

S'il est certain que la portée d'une consultation régionale n'est pas la même que celle organisée dans une commune, pour circonscrire mieux encore le risque d'une mise en cause des organes centraux, le législateur a limité la consultation aux " affaires de la compétence de la commune"(¹⁵¹⁷), excluant ainsi les "affaires nationales"(¹⁵¹⁸), mais aussi les compétences transférées aux établissements publics de coopération intercommunale, ce qui pourrait réduire les hypothèses à la portion congrue.

Cependant, ainsi que le note J.B.AUBY, certaines affaires nationales exigent aussi une décision communale (¹⁵¹⁹), telles certaines décisions en matière d'urbanisme (modification de schéma, de P.O.S.) permettant ainsi le cas échéant d'en appeler au peuple, confrontant ainsi une décision populaire à une décision administrative centrale (¹⁵²⁰). Le référendum local

¹⁵¹³.F. LINDITCH Référendum local et démocratie représentative, LES PETITES AFFICHES 1992, n° 50, p. 6

¹⁵¹⁴.La Région Centre envisagerait une telle opération pour choisir son nom ...!!

¹⁵¹⁵.Selon J.L. PEREAU, environ 140 consultations auraient été organisées de 1971 à 1986, Quelle perspective pour le référendum communal ..., LES PETITES AFFICHES 1992, n° 114, p. 10

¹⁵¹⁶.T.A. St Denis de la Réunion 2/8/1982 H.DELISLE, J.C.P.1983, n° 19994

¹⁵¹⁷.T.A. Nantes 8/2/1993 Commune d'Avrillé, non publié. Le juge annule la délibération du Conseil d'Avrillé organisant un référendum sur la question suivante: "Considérer-vous que la politique d'urbanisme, d'environnement et de qualité de la vie conduite par les différentes municipalités successives est compatible avec le passage d'une autoroute urbaine sur le territoire d'Avrillé, au sud ou au nord?".Le Tribunal annule la délibération au motif que la décision en matière d'autoroute n'appartient pas à la commune mais à l'Etat. Cette décision est rendue trois mois après la réalisation du référendum qui a eu lieu le 15/11/1993 ..!!!

¹⁵¹⁸.F. LINDITCH Referendum local et démocratie représentative, p. 6, LES PETITES AFFICHES, n° 50, p. 6. L'auteur semble considérer par ailleurs que la notion d'affaires de la compétence de la commune pourrait être plus restrictive que la clause générale de compétence, p 5. Sur ce point, cf. J.M. PONTIER Semper manet, sur une clause générale de compétence, R.D.P.1984, p. 1443

¹⁵¹⁹.J.B. AUBY La loi du 6/2/1992 et la citoyenneté locale, R.F.D.A.1993, p. 42

¹⁵²⁰.Si la consultation se répandait, par exemple sur le parcours d'une infrastructure, deux logiques jouant sur deux champs différents s'affronteraient: la logique administrative puisque la D.U.P. ne relève plus du législateur, et la logique politique liée à la légitimité populaire. Le risque est réel et peut permettre un retour du législateur dans ce domaine pour lever en quelque sorte le veto populaire. A suivre ...!

portant sur une décision, on est à la marge de l'association de l'organe local (ici, le peuple) à l'exercice de la faculté de statuer centrale. Une telle hypothèse est pourtant, tout autant que la reconnaissance d'une faculté d'empêcher au profit des organes locaux, difficile à envisager, tant elle est contraire à la tradition française.

B) Le refus d'une association des organes locaux à la faculté de statuer centrale

On l'a dit, lorsque Montesquieu pense le législateur, il le conçoit bicaméral pour que les deux assemblées se limitent réciproquement, leur volonté n'existant que par accord mutuel.

En matière de décentralisation, on peut se demander si un organe local peut être associé à l'exercice de la faculté de statuer d'un organe central. Le problème a été abordé, mais a dépassé le strict cadre de l'association au pouvoir normatif central pour celui de l'existence et de l'exercice d'un pouvoir réglementaire "local - national" (1). Ceci explique peut-être que l'association au pouvoir normatif central se résume aujourd'hui à des consultations (2).

1) La revendication d'un pouvoir normatif local - national

Le rapport Vivre Ensemble va le premier donner une réelle importance à la question de l'association des collectivités locales à l'exercice du pouvoir réglementaire national.

" Il manque au dialogue entre l'Etat et les institutions locales un organe régulateur. En proposant de le créer, la Commission a le sentiment de façonner l'un des quelques leviers essentiels qui permettront d'empêcher la démocratie locale de retomber dans l'émiettement et la dépendance. C'est assurément l'idée la plus neuve qu'elle ait à présenter"⁽¹⁵²¹⁾.

Sur cette base la Commission proposait la création d'une Conférence nationale des institutions locales "qui serait un organe de dialogue- mais d'un dialogue qui aboutit à des décisions"⁽¹⁵²²⁾. Cependant pour l'essentiel, la Commission dotait la Conférence d'un pouvoir consultatif, sauf

¹⁵²¹. Vivre ensemble, p. 121, LA DOCUMENTATION FRANÇAISE, 1976

¹⁵²². Ibid. p. 122

en matière de personnel local pour lequel était proposé la ""désétatisation" totale ou partielle du pouvoir réglementaire"⁽¹⁵²³⁾. Ce pouvoir réglementaire était confié à cette Conférence, organe doté de la personnalité morale et composé d'élus, de parlementaires, de fonctionnaires d'Etat et locaux et de personnalités qualifiées (¹⁵²⁴).

Il n'était plus question d'associer les collectivités à l'exercice du pouvoir normatif central, mais que l'Etat "abandonne une partie de son pouvoir réglementaire"⁽¹⁵²⁵⁾.

Cette idée va être reprise par M. BOURJOL (¹⁵²⁶) et contestée par L. FAVOREU (¹⁵²⁷). Le débat sera axé sur l'existence et le fondement de ce pouvoir réglementaire local, son caractère exclusif ou non et enfin sur la possibilité qu'il soit exercé par un organe distinct des collectivités elles-mêmes.

Le pouvoir réglementaire local, selon M. BOURJOL, repose sur l'article 72 de la constitution qui affirme, que les collectivités s'administrent librement dans les conditions prévues par la loi. Or l'article 34 de la constitution, nous dit, qu'elle ne fixe que les principes fondamentaux de la libre administration (¹⁵²⁸). De ces dispositions F. LUCHAIRE tirera, non seulement qu'elles fondent le pouvoir réglementaire local, mais en outre que celui-ci serait exclusif de tout autre (¹⁵²⁹). Ce dernier aspect, ainsi que le constate aujourd'hui F. LUCHAIRE (¹⁵³⁰) et comme l'affirmait L. FAVOREU a été démenti par le Conseil Constitutionnel (¹⁵³¹).

¹⁵²³.Ibid. p. 424-425

¹⁵²⁴.Ibid. p. 125-126

¹⁵²⁵.Ibid. p. 424

¹⁵²⁶.M. BOURJOL "L'état du fonctionnaire local", Actes du colloque de Fontevraud 19-20/5/1978, p. 133, CUJAS 1979; " Désétatiser le pouvoir réglementaire des collectivités locales ", CAHIERS du SECTEUR PUBLIC, Janvier 1982, p. 30; "Elaboration du statut: compétence exclusive de l'Etat ou compétence partagée", CAHIERS DU C.F.P.C., octobre 1983, p V

¹⁵²⁷.L. FAVOREU "Elaboration du statut: compétence exclusive de l'Etat ou compétence partagée", CAHIERS DU C.F.P.C., octobre 1983, p. V, "Libertés locales et libertés universitaires", R.D.P.1984, p. 689, "Libre administration et principes constitutionnels", Actes du colloque d'Arc et Senans, p. 63, ECONOMICA 1984, Les sources du droit de la fonction publique territoriale, R.F.D.A.1985, p. 309

¹⁵²⁸.M. BOURJOL Libre administration des collectivités territoriales de la République, Fasc.2, n° 36, JURISCLASSEUR COLLECTIVITES LOCALES

¹⁵²⁹.F. LUCHAIRE Les fondements constitutionnels de la décentralisation, R.D.P.1982, p. 1557 et avec Y.LUCHAIRE Droit de la décentralisation, p. 96, Coll. Thémis, P.U.F.1983

L'existence du pouvoir réglementaire local était difficilement contestable et L. FAVOREU l'admet aujourd'hui ⁽¹⁵³²⁾, son fondement demeure sujet à discussion, ainsi que le constate J.M. AUBY ⁽¹⁵³³⁾. Ces manifestations sont devenues plus nombreuses, cependant celles-ci sont locales et non nationales, cela signifie-t-il que non seulement ce pouvoir réglementaire local ne serait pas exclusif, mais qu'en outre il ne pourrait-être national?

L'article 21 de la constitution fait obstacle, selon L. FAVOREU à l'admission de ce pouvoir réglementaire "local - national" ⁽¹⁵³⁴⁾. Se fondant sur ce même article et sur l'existence des autorités administratives indépendantes, M. BOURJOL considère que rien ne s'oppose à la reconnaissance d'un tel pouvoir réglementaire "local - national" ⁽¹⁵³⁵⁾. Suivant la proposition du rapport Vivre Ensemble, M. BOURJOL considérerait que l'article 72 de la constitution ne faisait pas obstacle à la dévolution de ce pouvoir réglementaire à un organe représentant les collectivités, toutefois il écrit aujourd'hui " son titulaire est, suivant l'article 72, le "conseil" de la collectivité territoriale "⁽¹⁵³⁶⁾.

La dévolution du pouvoir réglementaire dans le cadre de l'Etat, selon J.M. AUBY, " ne peut s'effectuer qu'au profit du premier ministre ... Mis à part ce cas, le législateur peut librement attribuer la compétence réglementaire au profit d'autorités de personnes publiques autres que l'Etat ..."⁽¹⁵³⁷⁾.

¹⁵³⁰.F. LUCHAIRE L'émergence d'un droit constitutionnel de la décentralisation, A.J.D.A.1992, p. 28

¹⁵³¹.L. FAVOREU Libertés locales et libertés universitaires, R.D.P.1984, p. 696

¹⁵³².L. FAVOREU La problématique constitutionnelle des projets de réforme des collectivités territoriales, R.F.D.A.1990, p. 401

¹⁵³³.J.M. AUBY Décentralisation et sources du droit, A.J.D.A.1992, p. 33

¹⁵³⁴.L. FAVOREU Elaboration du statut ..., CAHIERS DU C.F.P.C., octobre 1983, p. IX

¹⁵³⁵.M. BOURJOL CAHIERS DU SECTEUR PUBLIC, janvier 1982, p. 31 et juillet 1982, p. 75

¹⁵³⁶.M. BOURJOL Libre administration des collectivités territoriales de la République, Fasc.2, n° 36, JURISCLASSEUR COLLECTIVITES LOCALES

¹⁵³⁷.J.M. AUBY Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales, A.J.D.A.1984, p. 475

En toute logique, si ce pouvoir existe, il doit être exercé par les " conseils élus " selon l'article 72 de la constitution (¹⁵³⁸). J.M. AUBY se demandait d'ailleurs, s'il était " conforme à ce principe de libre administration de donner compétence à des organismes qui tout en étant représentatif des autorités locales constituent des institutions qui sont imposées à ces dernières " (¹⁵³⁹). Néanmoins dans un article ultérieur, J.M. AUBY considéra que si le Parlement le souhaitait, il pouvait "investir des compétences réglementaires les autorités locales plutôt que les autorités étatiques" en faisant alors "appel à un ou des organismes représentatifs au plan national des intérêts locaux " (¹⁵⁴⁰).

En tout état de cause, si l'on admet l'existence de ce pouvoir réglementaire "local - national", l'organe "local - national" titulaire de cette faculté de statuer serait-il central ou non central? Si l'on conserve la définition que nous avons empruntée à Ch. EISENMANN, cet organe ayant compétence pour prendre des règles applicables aux collectivités serait par rapport au Premier Ministre, un organe non central car disposant d'une compétence personnelle limitée définie par rapport à une qualité des personnes destinataires de ses actes: les collectivités territoriales. Il représenterait donc au sens de Ch. EISENMANN, une hypothèse de décentralisation "ratione personae".

Cependant par rapport aux destinataires des normes, qu'il serait amené à prendre, il serait doté d'une compétence personnelle illimitée définie "ratione loci", et aurait donc un caractère central. Il ne pourrait, dès lors, représenter pour celles-ci une hypothèse de décentralisation car il exprimerait une compétence personnelle illimitée (il aurait vocation à régler la situation de l'ensemble des collectivités ou de certaines d'entre elles). Dès lors ce ne serait plus un pouvoir réglementaire territorialement limité mais un pouvoir réglementaire central c'est à dire territorialement illimité.

En d'autres termes, la mise en place de cet organe "local - national" nous fait changer de décentralisation, l'on passe d'une décentralisation territoriale à une décentralisation

¹⁵³⁸.L. FAVOREU Elaboration du statut ..., CAHIERS DU C.F.P.C., octobre 1983, p .XI

¹⁵³⁹.J.M.AUBY, CAHIERS DU C.F.P.C., octobre 1983, p XII

¹⁵⁴⁰.J.M. AUBY Le pouvoir réglementaire des autorités locales, A.J.D.A. 1984, p. 476

"matérielle". C'est toujours de la décentralisation, mais elle n'a de local que la représentation qui en est donnée.

En définitive, la revendication d'un pouvoir réglementaire "local - national" n'a pas débouché sur des dispositions concrètes, alors que semble-t-il, l'article 72 de la constitution permettait plus facilement de fonder une limite au pouvoir normatif central dans le cadre d'une association à la faculté de statuer du Premier ministre.

2) L'esquisse d'une association au pouvoir normatif central

Un partage du pouvoir normatif réglementaire central, est constitutionnellement possible mais pratiquement réduit.

Au plan général, le Conseil Constitutionnel a considéré que le législateur pouvait confier " à une autorité de l'Etat autre que le Premier Ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en oeuvre la loi"⁽¹⁵⁴¹⁾. Qui peut le plus (obtenir un pouvoir normatif propre par amputation du pouvoir central), peut le moins (partager l'exercice du pouvoir normatif central). Cependant l'aphorisme exige d'être nuancé, car le Conseil Constitutionnel a considéré, dans la même décision, qu'en subordonnant le pouvoir réglementaire du Ministre au respect de " règles générales fixées par la commission nationale de la communication et des libertés ... le législateur a méconnu les dispositions de l'article 21 de la Constitution "⁽¹⁵⁴²⁾.

L'espace pour un partage du pouvoir normatif entre collectivités territoriales et le Premier Ministre, est il plus vaste?

L'association des collectivités locales au pouvoir normatif réglementaire central apparaît juridiquement possible dans la mesure où le juge a reconnu aux collectivités une compétence normative locale afin de pourvoir à l'exécution des lois, alors même qu'aucun texte ne les y habilitait.

¹⁵⁴¹.C.C.86-217 D.C. du 18/9/1986, C.N.C.L., A.J.D.A.1987, p. 107

¹⁵⁴².Ibid. p. 107

Si on a pu parfois, fonder cette capacité ⁽¹⁵⁴³⁾ sur la jurisprudence Jamart ⁽¹⁵⁴⁴⁾, celle-ci ne paraît pas soutenir la solution donnée par le Conseil d'Etat à la question de l'application du code des communes en matière de remboursement du versement transport à l'employeur qui assure "intégralement" le transport de ses salariés. Le district de Montbéliard avait considéré qu'il pouvait imposer que le salarié de l'entreprise soit déposé à moins de 250 mètres de son domicile, pour que la condition relative à l'assurance de l'intégralité du transport soit réalisée. En considérant que le refus de remboursement pouvait être fondé sur ce motif, le juge reconnaît implicitement la légalité du règlement du district ⁽¹⁵⁴⁵⁾.

Il semble bien, par ailleurs, que l'on puisse trouver dans l'article 72 de la Constitution, le fondement de ce pouvoir réglementaire local, comme l'exprime expressément la décision du Tribunal administratif de Versailles relative, une fois encore, à la ville nouvelle de Cergy-Pontoise ⁽¹⁵⁴⁶⁾.

Si donc les organes locaux peuvent pallier la défaillance de l'organe réglementaire central, il n'existe pas d'obstacle juridique à une division par le législateur de la faculté de statuer en matière réglementaire dans les matières intéressant les collectivités territoriales. Cette idée est sous-jacente dans un certain nombre d'hypothèses d'exercice du pouvoir réglementaire dans lesquelles les collectivités sont associées à cet exercice par consultation préalable.

Ainsi, on rappellera, que le Comité des Finances locales institué par l'article L.234-20 du Code des Communes peut être consulté " sur tout projet de loi, tout projet d'amendement du Gouvernement ou sur toutes dispositions réglementaires à caractère financier intéressant les collectivités locales " ⁽¹⁵⁴⁷⁾. Cette faculté se mue en obligation pour tout projet de décret ⁽¹⁵⁴⁸⁾.

¹⁵⁴³.C.E.13/2/1985 S.C.A.A.N. Cergy - Pontoise, A.J.D.A.1985, p. 271, note J. MOREAU

¹⁵⁴⁴.C.E.7/2/1936 JAMART, G.A.J.A., p. 305, SIREY 1990

¹⁵⁴⁵.C.E.31/1/1990 District urbain du pays de Montbéliard, A.J.D.A.1990, p. 492, note D. BROUSOLE

¹⁵⁴⁶.T.A.7/12/1984 Préfet du Val d'Oise c/ S.C.A.A.N. Cergy-Pontoise, A.J.D.A.1985, p. 286, note J.C.

¹⁵⁴⁷.Art.L.234-21 du Code de Communes

¹⁵⁴⁸.Ibid.

Cette procédure sur le respect de laquelle veille le Conseil d'Etat (¹⁵⁴⁹), ne peut être toutefois reconnue, comme un partage de la faculté de statuer, dans la mesure où l'avis du comité des finances ne lie pas le Gouvernement.

Ce premier pas vers un partage de la faculté de statuer en matière réglementaire a été accompli en faveur des départements d'outre-mer (¹⁵⁵⁰) et de certaines collectivités territoriales et notamment la Corse (¹⁵⁵¹).

Cependant les espoirs doivent être mesurés, car le Conseil Constitutionnel semble incliner vers le même raisonnement que celui tenu pour les autorités indépendantes. En effet, à propos de la Corse, le Conseil Constitutionnel a fait preuve d'une certaine réserve à l'égard de l'idée (¹⁵⁵²), qu'une décision antérieure avait inaugurée (¹⁵⁵³).

Dans sa décision relative à la loi sur le droit au logement le Conseil Constitutionnel admet que les organes locaux et centraux soient habilités à mettre en oeuvre la loi par l'élaboration conjointe d'un plan départemental pour le logement des personnes défavorisées. Il considère expressément que cela ne met pas en cause le principe de libre administration lorsqu'en cas d'échec de cette élaboration conjointe, les ministres concernés pourront se substituer à ces autorités pour exercer cette faculté de statuer. De plus, mais cette fois-ci implicitement, il reconnaît que l'intervention d'une collectivité dans la réponse "à une exigence d'intérêt national" n'est pas non plus contraire à la constitution. Il est vrai que cette intervention d'une collectivité territoriale dans une faculté de statuer centrale est assortie d'un pouvoir de substitution, mais il s'agit là, néanmoins d'un premier pas dans la reconnaissance par le Conseil Constitutionnel d'une division possible de la faculté de statuer centrale entre un

¹⁵⁴⁹.C.E.9/11/1988 Fourcade & autres, A.J.D.A.1989, p 173, Concl. M. de SAINT-PULGENT, note R. ROUQUETTE et R.F.D.A.1998, p. 738, note C. LOUIT

¹⁵⁵⁰.Décret 60-406 du 26 avril 1960 relatif à l'adaptation du régime législatif et de l'organisation administrative des départements de la Guadeloupe, de la Martinique, et de la Réunion.

¹⁵⁵¹.Loi 82-214 du 2/3/1982 portant statut de la Corse (art.27), Loi 82-1171 du 31/12/1982 portant organisation des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion (art.8), et Loi 91-428 du 13 mai 1991 portant statut de la Corse

¹⁵⁵².C.C.9/5/1991 Décision 91-290 à propos du statut de la Corse, cf.R.F.D.A.1991, p. 407, note B. GENEVOIS

¹⁵⁵³.C.C.29/5/1990 Décision 90-274 D.C. à propos de la loi "droit au logement"

organe central (le préfet) et un organe non central (le Président du Conseil Général). Cette loi et cette décision montrent que ce partage de la faculté de statuer central peut être inégalitaire du fait de l'admission de la substitution possible des ministres. La loi relative à la Corse (¹⁵⁵⁴) et la décision du Conseil Constitutionnel afférente vont confirmer que le partage de la faculté de statuer en matière réglementaire n'est pas contraire à la constitution, d'une part, mais les organes locaux demeurent subordonnés puisqu'elles interdisent la mise en oeuvre d'un véritable droit d'initiative des organes locaux en la matière, d'autre part.

L'article 26 de la loi prévoit la consultation de l'Assemblée de Corse " sur les projets de loi ou de décret comportant des dispositions spécifiques à la Corse ". Le Conseil Constitutionnel en considérant que seule la procédure législative était indifférente à cette disposition, a reconnu que la procédure normative en matière réglementaire pouvait supporter, sans être contraire à la Constitution, une intervention obligatoire d'un organe non central (¹⁵⁵⁵). En affirmant, pour la première fois, alors que l'occasion lui en avait été donné auparavant, "que le fait de prévoir la consultation ...ne saurait avoir une quelconque incidence sur la régularité de la procédure législative " et en ne visant que celle-ci, le Conseil ouvre la porte à un partage de la faculté de statuer entre organes locaux et centraux en conformité avec la constitution (¹⁵⁵⁶).

Dès lors, il apparaît que seules les conditions concrètes de ce partage sont susceptibles de déboucher sur une inconstitutionnalité. On a vu avec la décision relative au droit au logement, que, coté collectivités locales, l'existence d'un pouvoir de substitution au profit d'organes centraux n'était pas susceptible d'enlever à ce partage son caractère constitutionnel.

Avec la décision sur le statut de la Corse, on voit que ce partage ne peut aboutir à une libre initiative des organes locaux, car le Conseil considère que la disposition prévoyant que le premier ministre doit accuser réception de la proposition et indiquer le moment de sa réponse

¹⁵⁵⁴. Sur le statut de la Corse, cf. R.F.D.A. 1991, p. 706 notes de C. OLIVESI, T. MICHALON, J.P. PASTOREL et R. ROMI, et A.J.D.A. 1991, p. 701, note P. FERRARI

¹⁵⁵⁵. Le Conseil d'Etat faisant respecter cette procédure, l'organe local voit non seulement reconnaître constitutionnellement sa capacité d'intervention, mais en outre celle-ci représente un élément essentiel de la procédure normative. C.E. 8/6/1979 Sté anonyme des planteurs de cannes associés, R.D.P. 1980, p. 241

¹⁵⁵⁶. F. LUCHAIRE écrit: " le Conseil a bien souligné que les restrictions qu'il introduisait ne valaient que pour le domaine législatif; en effet, la loi peut toujours imposer au Gouvernement de consulter tel ou tel organisme avant de réglementer une matière déterminée; ...", R.D.P. 1991, p. 964

au fond, est contraire à la constitution. Ces dispositions ayant été auparavant reconnues conformes à la constitution (¹⁵⁵⁷), le motif de l'inconstitutionnalité montre que seule l'injonction prévue par le législateur est sanctionnée (¹⁵⁵⁸). Or cette disposition n'avait pas pour effet de mettre en oeuvre contre la volonté gouvernementale la procédure normative réglementaire. En sanctionnant l'injonction de répondre au fond, le Conseil Constitutionnel oppose, semble-t-il, une fin de non-recevoir à un partage de la faculté de statuer centrale.

En d'autres termes, et appliqué à notre problème du partage de la faculté de statuer, cela signifie que ce partage admis par la Constitution, ne saurait toutefois conférer à un organe local, une égalité d'initiative en matière réglementaire centrale. On aurait pu imaginer que la proposition locale soit transmise au Conseil d'Etat pour avis à l'instar d'un projet de décret et après qu'elle soit examinée en Conseil des Ministres.

La disposition sanctionnée était loin de cette audace et finalement, spécifié matériellement (les affaires intéressant la collectivité), ce partage de la faculté de statuer en matière centrale demeure en outre, subordonné formellement tant dans sa mise en oeuvre initiale (loi sur le statut de la Corse) que terminale (loi sur le droit au logement). En conclusion, on retrouve, la même idée que dans l'hypothèse des autorités administratives indépendantes, le pouvoir réglementaire du Premier Ministre ne peut être partagé de façon égalitaire.

Ces éléments, s'ils devaient être maintenus dans leur rigueur par le Conseil Constitutionnel, bloqueraient toute réelle possibilité d'un partage de la faculté de statuer en matière réglementaire centrale entre organes locaux et centraux.

L'absence au profit d'organes locaux, d'une réelle faculté d'empêcher la volonté centrale, d'une part et le manque d'une véritable division de la faculté de statuer centrale entre organes locaux et centraux en France, fait que notre pays est au mieux déconcentré en matière réglementaire, lorsqu'il n'est pas déconcentré.

¹⁵⁵⁷.C.C.25 février 1982 Statut de la Corse, A.J.D.A.1982, p. 295-296

¹⁵⁵⁸.Considérant, ... que le législateur ne saurait, sans excéder la limite de ses pouvoirs, enjoindre au Premier ministre ...".C.C. 91-290 du 9/5/1991, R.F.D.A.1991, p. 429

Conclusion de la 3^{ème} Partie

L'impuissance française à concevoir une séparation des pouvoirs entre organes centraux et non centraux, tant au plan législatif que réglementaire est sans aucun doute, liée à notre histoire.

Cependant aujourd'hui, la France est soumise à des contraintes "externes" (l'Union Européenne) et "internes" (les revendications des collectivités et des citoyens en faveur d'une plus grande association au pouvoir normatif), qui font ressortir cette frilosité nationale, que les Constituants de 1946 et 1958 n'ont pu totalement dépasser, malgré la reconnaissance dans la norme suprême de la faculté de statuer locale. Même si l'action du Conseil Constitutionnel a permis de conférer à cette reconnaissance une portée en droit positif, elle achoppe maintenant sur les articles 2 et 3 de la Constitution en matière législative et 21 en matière réglementaire, qui font obstacle à l'admission au profit des organes locaux, d'une faculté d'empêcher les organes centraux ou à leur association à la faculté de statuer centrale.

La position devient pourtant difficilement tenable. Elle suppose un double langage, l'un escamotant la souveraineté "qui apparaît non plus comme un dogme intouchable, mais plutôt comme une addition de compétences"⁽¹⁵⁵⁹⁾, l'autre continuant de brandir le dogme pour refuser au plan interne une réelle décentralisation (au sens générique du terme). Il n'est peut-être pas indifférent de constater que les deux discours pour les organes centraux ne sont pas nécessairement antagonistes dans la mesure où ainsi que le note P. COLLAS, les Etats craignent que le principe de subsidiarité en Europe ne débouche sur une entente complice des Régions et de l'Union Européenne en vue de dépouiller l'Etat national (¹⁵⁶⁰).

¹⁵⁵⁹.F. LUCHAIRE L'Union Européenne et la Constitution, R.D.P.1992, p. 606

¹⁵⁶⁰.P. COLLAS Le traité de Maastricht et la souveraineté nationale, Revue politique et parlementaire, 1992, n° 960, p. 11

Ce double visage de la souveraineté selon l'usage que l'on en fait, explique pour partie le refus des Suisses d'adhérer à l'Union Européenne, d'autant que s'y ajoute une réserve fondamentale, quant au caractère démocratique de l'Union (¹⁵⁶¹). Cette réaction helvétique invite à conclure sur les liens entre la question de la centralisation - décentralisation et la démocratie.

¹⁵⁶¹.F. SAINT OUEN La Suisse et la question de l'Europe politique, p. 27 & s, Annales Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J.1989. L'adhésion à l'espace économique européen rejetée par les suisses lors du vote de décembre 1992 montre leur attachement à leur faculté d'empêcher, cf. J.F. FLAUSS La constitution suisse face à l'espace économique européen ..., R.D.P. 1993, p. 1501

CONCLUSION GENERALE

Le Professeur M. HAURIOU considérait qu'historiquement " la préoccupation de l'esprit de la loi ... se substitue victorieusement à la lettre "⁽¹⁵⁶²⁾. Cette sentence montre l'importance de la faculté d'empêcher dans nos systèmes juridiques fondés sur la séparation des pouvoirs.

Dans le cadre de la question de la centralisation - décentralisation, la "juridictionnalisation" de cette faculté d'empêcher apparaît comme un compromis momentané entre la revendication d'une faculté d'empêcher par les destinataires des normes et particulièrement les collectivités et l'aspiration des organes centraux à une faculté de statuer illimitée. Un compromis entre centralisation et décentralisation, exprimé par l'idée de déconcentration.

Ce stade peut-il être dépassé? Ce dépassement est-il lié à l'idée démocratique? La liaison qu'effectue la doctrine entre la question de la centralisation - décentralisation et la démocratie, n'apparaît pas susceptible de produire ce dépassement.

En effet, la doctrine présente généralement la centralisation - décentralisation en liaison avec l'idée de démocratie en étudiant la désignation des organes, étant entendu que dans l'hypothèse de la désignation par le pouvoir central, " il est peu probable que les autorités désignées fassent preuve d'indépendance à l'égard de celui ou de ceux qui les ont désignées⁽¹⁵⁶³⁾.

Or Ch. EISENMANN dans son ouvrage de 1948 s'élevait contre cette confusion, il écrivait: "Quel rapport pourrait-il en effet bien y avoir entre le caractère central ou non central des organes, d'une part ... et, d'autre part, leur caractère démocratique, ou autocratique ou aristocratique? L'un correspondant au règlement de leur compétence personnelle, l'autre à

¹⁵⁶².M. HAURIOU Précis de droit constitutionnel, p. V, SIREY 1929, réimpression C.N.R.S. 1965

¹⁵⁶³.J. BOURDON, J.M. PONTIER & J.C. RICCI Droit des collectivités territoriales, p. 79, Coll. Thémis P.U.F. 1987. Cette citation aurait pu être extraite d'autres ouvrages, tant l'opinion est commune

celui de leur mode politique de désignation, de l'"origine" de leurs pouvoirs, et du rapport qui en résulte entre eux et le groupe des gouvernés"⁽¹⁵⁶⁴⁾.

En effet, on l'a vu, tant dans la définition retenue par l'illustre auteur que dans celle proposée ici, la centralisation - décentralisation n'entretient aucun lien avec la question de la désignation des organes, dans la mesure où le caractère centralisé ou décentralisé est indifférent à ce mode de désignation de l'organe. Une hypothèse fait exception, celle de la déconcentration qui peut se manifester par une subordination personnelle de l'organe non central, dont la nomination peut être un élément. En conséquence, en elle-même la nomination ne révèle pas nécessairement ladite subordination personnelle, elle peut en constituer un indice tout au plus. Il serait surprenant qu'il en aille autrement, car le nombre de personnalités nommées en France et qui disposent, malgré tout d'un certain crédit d'indépendance, n'est pas négligeable, le Conseil Constitutionnel en rapportant la preuve. La nomination ne fait pas l'esclave, les conditions qui l'entourent parfois.

Est-ce pour autant que la centralisation - décentralisation n'entretient aucun lien avec la démocratie?

Dans son ouvrage " De la démocratie en Amérique ", A. de TOCQUEVILLE fait de la décentralisation, un élément nécessaire à la démocratie dans la mesure où elle la protège de la tyrannie (¹⁵⁶⁵) et pour lui " il n'y a que les peuples qui n'ont que peu ou point d'institutions provinciales qui nient leur utilité "⁽¹⁵⁶⁶⁾. Or la décentralisation, au sens de Ch. EISENMANN constituant une compétence personnelle discrétionnaire limitée ne garantit pas plus contre la tyrannie, que la centralisation qui n'est qu'une compétence discrétionnaire illimitée. Dans les deux cas nous avons une structure " où les autorités publiques sont des parties dépendantes d'un même appareil centralisé, mises en mouvement par une même volonté autoritaire "⁽¹⁵⁶⁷⁾, c'est à dire " des monocraties"⁽¹⁵⁶⁸⁾.

¹⁵⁶⁴.Ch. EISENMANN Centralisation - Décentralisation, p. 217 & s

¹⁵⁶⁵.A. de TOCQUEVILLE De la démocratie en Amérique, p.76, Coll.10/18, UNION GENERALE D'EDITIONS, 1963

¹⁵⁶⁶. Ibid. p 78

¹⁵⁶⁷.B. de JOUVENEL Du pouvoir, p. 462, Coll. Pluriel, Livre de Poche, HACHETTE, 1972

¹⁵⁶⁸.Ibid. p. 462

Notre proposition, instituant dans l'hypothèse de la décentralisation, une séparation des pouvoirs entre organes centraux et non centraux de telle façon que les uns arrêtent les autres, apparaît de nature à constituer l'obstacle au pouvoir absolu des uns et des autres (¹⁵⁶⁹).

Dans cette hypothèse, on retrouve la démocratie lorsque cette séparation des pouvoirs fait intervenir le peuple comme dans un certain nombre d'Etats (Suisse, Italie, Etats-unis d'Amérique) dans le cadre d'un référendum d'initiative populaire ou à l'initiative d'organes locaux. Cette intervention en matière d'empêchement des organes centraux par les organes non centraux, traduit l'unité du système juridique en confirmant ou en infirmant la faculté d'empêcher des organes non centraux et apparaît comme une voie d'appel.

Cette conception de la centralisation - décentralisation attachée à la notion de séparation des pouvoirs, permet sa liaison avec l'idéal démocratique, mais fondamentalement elle vise à ce que le pouvoir arrête le pouvoir.

Cet aphorisme de Montesquieu demeure une exigence à satisfaire!

¹⁵⁶⁹. Cette conception de la séparation des pouvoirs, n'est pas la conception française, toute entière attachée à la légitimité du pouvoir plutôt qu'à sa limitation.

BIBLIOGRAPHIE

I) OUVRAGES COLLECTIFS

"L'objet local", Actes du colloque des 30-31 Mai 1975, Coll.10-18, Union Générale d'éditions 1977

"Décision et pouvoir", Actes du colloque Paris - Université Dauphine des 1^{er} & 2 décembre 1978, Coll. 10/18, Union Générale d'édition 1979

"Energie et décentralisation", Actes du colloque de Tours des 23 & 24 avril 1982, ECONOMICA 1984

"La représentation", Table ronde du 2ème congrès de l'A.F.S.P. Grenoble (janvier 1984), ECONOMICA 1985

"La libre administration des collectivités locales, Actes du colloque des 19 & 20 avril 1984, Arc et Senans, ECONOMICA 1984

"Solidarités locales", Actes du colloque de Tours du 1^{er} février 1985, L.G.D.J.1986

"Vertus et limites de la décentralisation", Actes du colloque des 2 & 3 mai 1985, Université de Clermont-Ferrand, Les Cahiers du secteur public

"L'administration française face aux défis de la décentralisation", Colloque de Fontevraud, S.T.H.1988

Actes du colloque Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat des 21 & 22 janvier 1988, L.G.D.J. & MONTCHRESTIEN 1988

"Les aspects juridiques de la décentralisation", Actes du colloque de Varsovie des 26 & 28 octobre 1988, P.U.F.1990

"La Suisse et l'échéance européenne de 1992", Actes du colloque de Clermont-Ferrand des 15, 16 & 17 mars 1989, L.G.D.J.1989

"Quel droit en Europe? Quel droit pour l'Europe? ", Actes du colloque des 2,3 & 4 novembre 1989, LA DOCUMENTATION FRANCAISE 1990

" La commune, l'Etat et le droit", Actes du colloque de Tours des 9 & 10 novembre 1989, L.G.D.J.1990

A.CASSESE (ouvrage collectif) Droit international - Bilan & perspectives, PEDONE 1991;

Ch. DEBBASCH (sous la direction de):

- La décentralisation en Europe, Editions du C.N.R.S. 1981
- L'administration publique en Europe, Ed. du C.N.R.S., 1988

Mélanges J. BOULOUI, DALLOZ, 1991

Mélanges R. CARRE DE MALBERG, DUCHEMIN, 1977

Mélanges M. DUVERGER, P.U.F. 1987

Mélanges Ch. EISENMANN, CUJAS, 1977

Mélanges M. WALINE, L.G.D.J. 1974

F. MODERNE (sous la direction de) La nouvelle décentralisation, SIREY 1983

Traité de science administrative, MOUTON 1966

II) OUVRAGES D'AUTEURS

Ph. ARDANT Institutions politiques et droit constitutionnel L.G.D.J. 1990;

J.B. AUBY & H. PERINET-MARQUET Droit de l'urbanisme et de la construction, MONTCHRESTIEN 1989

J.F.AUBY Droit des collectivités périphériques françaises, Coll. Droit fondamental, P.U.F.1992.

J.M. AUBY & R. DRAGO:

- Traité de contentieux administratif, 2 tomes, L.G.D.J. 1984
- Traité des recours en matière administrative, LITEC 1992

F.X. AUBRY La décentralisation contre l'Etat, L.G.D.J. 1992

P. BASTID L'idée de constitution, ECONOMICA 1985

F.P. BENOIT Droit administratif, DALLOZ 1968

M.C. BERGERES Contentieux communautaire, Coll. Droit fondamental, P.U.F.1989.

R. BONNARD Précis de droit public, SIREY 1946,

J. BOULOUIS Droit institutionnel des Communautés européennes, MONTCHRESTIEN 1993.

J. BOURDON, J.M. PONTIER, J.C. RICCI Droit des collectivités territoriales, P.U.F. Coll. Thémis, 1987

M. BOURJOL:

- Droit administratif, 2 tomes, MASSON 1972
- Réflexions sur le pouvoir d'Etat et le pouvoir local. Contribution à l'étude du pouvoir réglementaire autonome, 2 tomes, Cours polycopié D.E.A. 1982-83, Faculté de Droit de Tours

- Cours photocopié Administration régionale et locale, 1981-1982, Faculté de droit de Tours
- La réforme municipale, Berger - Levrault 1975,
- Les biens communaux, L.G.D.J.1989

M. BOURJOL & S. BODARD Droit et libertés des collectivités territoriales, MASSON 1984

M. BOUVIER-AJAM Manuel technique et pratique du Maire, Ed. SOCIALES 1964.

M. BOUVIER et M.C. ESCLASSAN Le système communal, L.G.D.J.1981

R.R. BOWIE & C.J. FRIEDRICH Etudes sur le Fédéralisme, 2 tomes, L.G.D.J. 1960

F. BURDEAU:

- Liberté, libertés locales chéries, CUJAS 1983
- Histoire de l'Administration française, MONTCHRESTIEN 1989

G. BURDEAU Droit constitutionnel et institutions politiques, L.G.D.J. 19ème éd. 1980;

G. BURDEAU Traité de science politique, 6 tomes, L.G.D.J. 2ème éd.1969

G.BURDEAU, F.HAMON, & M.TROPER Manuel de droit constitutionnel, L.G.D.J. 1988

M.F. BUFFET-TCHAKALOFF La France devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, ECONOMICA, 1985

J. CADART Institutions politiques et droit constitutionnel, 2 tomes, L.G.D.J.1979

J. CARBONNIER:

- Droit civil, Introduction, P.U.F. Thémis 1988
- Droit civil tome 1, Thémis P.U.F. 6ème éd. 1965

R. CARRE DE MALBERG:

- Contribution à la théorie générale de l'Etat, Réimpression de l'éd. SIREY de 1920, C.N.R.S. 1962

- La loi, expression de la volonté générale, Réimpression de l'éd. de 1931, ECONOMICA 1984

L. CARTOU Organisations européennes, DALLOZ 1967

J. CHAPUISAT La notion d'affaires locales en droit administratif français, thèse Paris, 1972

R. CHAPUS Droit administratif général, Montchrestien 4ème éd. 1988;

M. CHAUCHAT, Le contrôle politique du Parlement Européen sur les exécutifs communautaires, L.G.D.J. 1989

J. CHEVALLIER & D. LOSCHAK Science administrative, 2 tomes L.G.D.J. 1978

L. COHEN-TANUGI Le droit sans l'Etat, Coll. Recherches politiques P.U.F. 1987

M. CROIZAT Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines, coll. Clefs "Politique", MONTCHRESTIEN, 1992

H.M. CRUCIS Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative, L.G.D.J. 1991

G. DARCY Le système administratif français, Ed. C.F.P.C.1982;

A. DELCAMP Le Sénat et la décentralisation, 3 tomes, Thèse pour le doctorat d'état, Université Paris 1987

P. DELVOLLE L'acte administratif, SIREY 1983

P. DI MALTA Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique, L.G.D.J.1961

J.C. DOUENCE Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration, L.G.D.J. 1968

F. DREYFUS La liberté du commerce et de l'industrie, Coll. L'administration nouvelle, BERGER - LEVRAULT 1973

C.S. DOUIN Le fédéralisme autrichien, L.G.D.J. 1977

J.P. DUBOIS Le contrôle administratif sur les établissements publics, L.G.D.J. 1982

J. DUFAU Le domaine public, 2 tomes, Ed. du Moniteur, 3^{ème} éd.1990

L. DUGUIT Traité de droit constitutionnel, BOCCARD 1927

F. DUMON La communauté franco – afro - malgache, Université libre de Bruxelles 1960;

Ch. EISENMANN:

- Centralisation et décentralisation, Esquisse d'une théorie générale, L.G.D.J. 1948

- Cours de droit administratif, 2 Tomes, L.G.D.J. 1982

- La pensée de Ch. EISENMANN, textes réunis par P.AMSELEK, 1986

A. ESMEIN Eléments de droit constitutionnel français et comparé, SIREY 1927

M.H. FABRE Principes républicains de droit constitutionnel, L.G.D.J. 3^{ème} éd.1977

P. FAUCHON "L'abbé Grégoire, le prêtre - citoyen", Editions de la Nouvelle République, 1989

B. FAURE Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, Thèse dactylographiée, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 1992

S. FLOGAITIS La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie, L.G.D.J. 1979

J. FLOUR & J.L. AUBERT Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, Coll. A.COLIN 1975

J.M. de FORGES Droit administratif, P.U.F. 1991

B. GENEVOIS La jurisprudence du Conseil Constitutionnel, Ed.S.T.H.1988

F. GENY Méthode d'interprétation et sources en droit privé, L.G.D.J. 1954 2 tomes

O. GOHIN Institutions administratives, L.G.D.J. 1992

I. HANNEQUART L'Etat fédéré en droit international, Thèse dactylographiée Faculté de droit de TOURS 1991

A. HAURIOU Droit constitutionnel et institutions politiques p 144 MONTCHRESTIEN 1972

A. HAURIOU & L. SFEZ Institutions politiques et droit constitutionnel, Montchrestien 1972.

M. HAURIOU:

- Précis de droit constitutionnel, SIREY 1929, réimpression C.N.R.S.1965
- Précis élémentaire de Droit administratif, SIREY 1938
- Etude sur la décentralisation, P.DUPONT, 1892

M. HECQUARD-THERON Essai sur la notion de réglementation, L.G.D.J. 1977

R. HOSTIOU Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français L.G.D.J. 1975

B. de JOUVENEL Du pouvoir, Coll. Pluriel, HACHETTE, 1972

L. JULLIOT DE LA MORANDIERE Droit civil, DALLOZ 1965

H. KELSEN Théorie pure du droit, DALLOZ 1962

M. KLEUTGEN Droit européen, TECHNIPLUS, 1992

J.F. LACHAUME La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français
Bibliothèque de droit public L.G.D.J. 1966

A. LANZA L'expression constitutionnelle de l'Administration française L.G.D.J. 1984

A. DE LAUBADERE Traité élémentaire de droit administratif, Tome 1, L.G.D.J. 3ème éd.
1963;

A. DE LAUBADERE, J.C.VENEZIA & Y.GAUDEMET, tome 1, L.G.D.J.1990;

Ph. LAUVAUX Les grandes démocraties contemporaines, Coll. Droit fondamental,
P.U.F.1990

J.V. LOUIS L'ordre juridique communautaire, Office des publications officielles des
Communautés, 1990

F. LUCHAIRE & Y. LUCHAIRE Le droit de la décentralisation, P.U.F. Coll. Thémis, 1983

F. LUCHAIRE & G. CONAC La constitution de la République Française, ECONOMICA
1980

D. MAILLOT Droit de l'urbanisme, Ed. du C.N.F.P.T. 1992

G. MARTY & P. RAYNAUD, Introduction générale à l'étude du droit, tome 1, SIREY 1972

J.P. MASSERON Le pouvoir et la justice en Afrique noire francophone et à Madagascar,
PEDONE 1966

H. & L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS Leçons de droit civil, tome 1,
MONTCHRESTIEN 1983

Y. MENY:

- Centralisation et décentralisation dans le débat politique français, L.G.D.J. 1974
- Politique comparée, MONTCHRESTIEN 1991.

MONTESQUIEU L'Esprit des lois, GARNIER-FLAMMARION, 1979

J. MOREAU Droit administratif, Coll. Droit fondamental, P.U.F.1989

L. MORGAND La loi municipale 2 tomes, BERGER-LEVRAULT 1963

J.C. NEMERY De la liberté des communes dans l'aménagement du territoire, Bibliothèque de droit public L.G.D.J. 1981

NGUYEN QUOC DINH Droit international public, L.G.D.J. 1975

R. ODENT Contentieux administratif, 6 tomes, LES COURS DU DROIT, 1980

A.S. OULD BOUBOUTT L'apport du Conseil Constitutionnel au droit administratif, ECONOMICA, 1987

Ch. PETIT-DUTAILLIS Les communes françaises, ALBIN MICHEL 1970

R. PINTO Les organisations européennes, p 449, PAYOT 1965

J.M. PONTIER L'Etat et les collectivités locales - La répartition des compétences, L.G.D.J. 1978

M. PRELOT & J. BOULOUIS Institutions politiques et droit constitutionnel, DALLOZ 8ème éd.1980

E. PICARD La notion de police administrative, L.G.D.J. 1984

A. PLANTEY Traité général de la Fonction Publique, LITEC 1991;

S. REGOURD L'acte de tutelle en droit administratif français, L.G.D.J. 1982

B. REMOND & J. BLANC Les collectivités locales Presses de la Fondation nationale des sciences politiques & DALLOZ 1989

P. REUTER Droit internationale public, P.U.F. Thémis 2de éd.1963

S. RIALS Destin du fédéralisme, L.G.D.J. 1986

J. RIVERO:

- Droit administratif, 3^{ème} éd.1965 DALLOZ

- Droit administratif, 9^{ème} éd. DALLOZ 1980

J. ROHR La démocratie en Suisse, ECONOMICA 1987

L. ROLLAND Précis de droit administratif Dalloz 10ème éd. nouveau tirage 1953;

L. ROLLAND et P. LAMPUE Droit d'outre-mer, DALLOZ 1959

J. ROSSETTO Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels, Thèse dactylographiée Poitiers 1982

Ch. ROUSSEAU Droit international public, Dalloz 9ème éd.1979

D. ROUSSEAU Droit du Contentieux constitutionnel, MONTCHRESTIEN 1990

R.G. SCHWARTZENBERG L'autorité de chose décidée, L.G.D.J. 1969.

L. SFEZ L'administration prospective, coll. A.COLIN, 1970

A. de TOCQUEVILLE De la démocratie en Amérique, Coll.10/18 Union générale d'éditions 1963

M. TROPER La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, L.G.D.J. 1980

T.H. TSIEN La République populaire de Chine, L.G.D.J. 1970

A & S. TUNC Le système constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique, éd. DOMAT MONTCHRESTIEN 1954

G. VEDEL:

- Droit administratif, Coll. Thémis, P.U.F.1964,

- Droit administratif P.U.F. 1980;

G. VEDEL & P. DELVOLVE Droit administratif, 2 tomes, Thémis P.U.F. 11^{ème} éd. 1990

M. WALINE Droit Administratif, Sirey 1959.

J. ZILLER Les DOM-TOM, Coll. Systèmes, L.G.D.J. 1991

III) ARTICLES

P. AMSELEK:

- Ontologie du droit et logique déontique, p. 1026, R.D.P. 1992
- L'acte juridique selon Ch. EISENMANN, p. 326 & s, tome , Archives de philosophie du droit, SIREY 1987
- Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique, p. 15, R.D.P. 1978.

J.B. AUBY La loi du 6 février 1992 et la citoyenneté locale, R.F.D.A.1993, p. 42

J.F. AUBY La décentralisation fait-elle naître de nouvelles tutelles ? A.J.D.A. 1984 p 412

J.M. AUBY :

- Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales A.J.D.A. 1984 p 468
- Colloque d'Angers précité p. XII, Cahiers du C.F.P.C.1983
- Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public; éléments de problématique, p. 23 Mélanges PELLOUX, L'HERMES 1980;
- Problématique de la déconcentration, Documents photocopiés du Colloque " Aspects de la décision administrative en milieu local " des 21 & 22 juin 1978, Université de Bordeaux.
- Les actes des Chambres régionales des Comptes, R.D.P.1984, p. 1134
- L'abrogation des actes administratifs, A.J.D.A.1967, p. 133
- Décentralisation et sources du droit, A.J.D.A.1992, p. 33

C. AUTEXIER:

- De la coopération décentralisée - commentaire du titre IV de la loi d'orientation du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale, R.F.D.A. 1993, p. 416
- L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République, R.D.P. 1981, p. 581

G. BACOT L'Esprit des lois et Charles EISENMANN, p. 617 R.D.P. 1992

P. BALEYNAUD La culture: l'oubliée de la décentralisation, R.D.P. 1991, p. 149 & s

J.M. BECET:

- La communication des documents au public, Encyclopédie DALLOZ Collectivités locales, p. 152-4 & s
- La nouvelle répartition des compétences, l'urbanisme, p. 122, Actes du colloque "La libre administration des collectivités locales Arc et Senans 19-20 avril 1984, ECONOMICA, 1984

F.P. BENOIT:

- Les attributions générales Encyclopédie DALLOZ COLLECTIVITES LOCALES p. 4012-21
- Les recours contre les actes des collectivités locales ENCYCLOPEDIE DALLOZ COLLECTIVITES LOCALES p. 4542-1 & s
- Statut du Maire et des adjoints, p. 492-44, ENCYCLOPEDIE DALLOZ COLLECTIVITES LOCALES,
- Les fonctions du Maire, p. 572-49, Encyclopédie DALLOZ COLLECTIVITES LOCALES

F. BERGER Le principe de subsidiarité en droit communautaire, p. 41, LES PETITES AFFICHES 1992, n 79

G. BERLIA Le contrôle du recours à l'article 16 et de son application R.D.P. 1962 p. 288,

A. BERRAMDANE "Loi organique et équilibre constitutionnel", R.D.P.1993, p. 760

G. BURDEAU Une survivance: la notion de constitution, Mélanges Mestre p. 53 Sirey 1956

M. BOUISSOU Les usagers de l'enseignement supérieur (Essai monographique sur la genèse et la signification des catégories juridiques), p. 687, R.D.P. 1988

J. BOULOUIS La tutelle du ministre du travail sur les délibérations des caisses de sécurité sociale, note sous T.C.19/5/1958 Dlle Estoul c/Préfet de Haute-Garonne, Droit social 1959. P. 36

M. BOURJOL:

- Constitution, Libre administration des collectivités territoriales de la République, Jurisclasseur collectivités locales Fasc.1 & 2

- La réforme de l'administration territoriale, commentaire de la loi du 6 février 1992 A.J.D.A. 1992 p. 140
- Participation et décentralisation, CAHIERS DU SECTEUR PUBLIC, Avril 1983, p. 30
- "L'état du fonctionnaire local", Actes du colloque de Fontevraud 19-20/5/1978, p. 133, CUJAS 1979;
- "Désétatiser le pouvoir réglementaire des collectivités locales ", CAHIERS du SECTEUR PUBLIC, Janvier 1982, p. 30;
- "Elaboration du statut: compétence exclusive de l'Etat ou compétence partagée", CAHIERS DU C.F.P.C., octobre 1983, p. V

C. BLUMAN Les mécanismes non juridictionnels de protection des droits du citoyen européen, Revue juridique du Centre - Ouest, Numéro spécial Avril 1992, p. 233

P. BON La justice constitutionnelle au Portugal - Présentation générale – p. 122 ECONOMICA 1989

F.BORELLA:

- Le fédéralisme dans la constitution française du 5 Octobre 1958, A.F.D.I. 1958 p. 668
- L'évolution de la communauté, A.F.D.I. 1959 p. 761

G. BRAIBANT Les libertés locales devant le juge administratif, Actes du Colloque " La décentralisation pour la rénovation de l'Etat ", p. 144 P.U.F. 1976

Y. BRARD Autonomie interne et sources du droit en Polynésie française, A.J.D.A. 1992, p. 549

L.CARTOU:

- Actes juridiques communautaires, n° 54 & s, Encyclopédie DALLOZ COMMUNAUTAIRE
- Maastricht commenté, LES PETITES AFFICHES, 1992, numéros 12, 18, 24, 30, 32 & 42

J. CATHELINEAU Le contrôle du budget Encyclopédie DALLOZ Collectivités locales, p. 7052-19

Me CELICE L'utilisation du droit communautaire par les particuliers et leurs conseils juridiques, p 177 des Actes du Colloque "Quel droit en Europe? Quel droit pour l'Europe?", LA DOCUMENTATION FRANÇAISE, 1990

J. CHAPUISAT:

- Les affaires communales, A.J.D.A. 1976 p. 471,
- La répartition des compétences, p. 81, A.J.D.A. 1983;
- Le nouveau droit de l'urbanisme, p. 320, Actes du colloque " Vertus et limites de la décentralisation ", Clermont-Ferrand 2 & 3 mai 1985, LES CAHIERS DU DROIT PUBLIC, 1985

R. CHAPUS De la soumission au droit des règlements autonomes, p. 124 DALLOZ Hebdomadaire 1960

J.L. CHARTIER & A. DOYELLE La notion de sincérité des évaluations budgétaires, A.J.D.A. 1984 p. 164

M. CHAUCHAT Schengen ou l'élimination des frontières physiques, p. 29, R.J.C.O., numéro spécial Avril 1992

C. CHAVANON Les problèmes de l'Union française dans les avis du Conseil d'Etat, E.D.C.E. 1956

M. CHEMILLIER-GENDREAU Le principe de subsidiarité: enjeu majeur, débats confus, Le Monde Diplomatique Juillet 1992

J. CHEVALLIER:

- Les associations entre public et privé, R.D.P. 1981, p. 887
- Le pouvoir de monopole et le droit administratif français R.D.P. 1974 p. 21
- L'interdiction pour le juge de faire acte d'administration, A.J.D.A. 1972, p. 69
- Du principe de séparation au principe de dualité, R.F.D.A. 1990, p. 714,
- L'Etat de droit, R.D.P. 1988, p. 345

R.P. CLAUDE Interventions judiciaires aux Etats-Unis R.D.P. 1973 p. 1001

P. COLLEAS:

- Le traité de Maastricht et la souveraineté nationale, Revue politique et parlementaire, 1992, n° 960, p. 11
- Le contrôle de constitutionnalité en U.R.S.S., R.D.P. 1990, p. 1035 & s

P. COLLOMB et J.M. RAINAUD Commentaire de la loi 92-652 du 13 juillet 1992 modifiant la loi 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques, A.J.D.A. 1992, p. 799.

A. COUDEVYLLE La notion de mandat en droit administratif A.J.D.A. 1979 p. 17

D. CUSTOS Le recours constitutionnel devant la Cour Suprême américaine, R.D.P. 1991, p. 1030

T. DEBARD Les institutions communautaires et le modèle fédéral, p. 39, Annales Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Fasc. 25, L.G.D.J. 1989

P. DELVOLVE Le contrôle de l'opportunité existe-t-il? Actes du colloque Conseil Constitutionnel - Conseil d'Etat, p. 269 L.G.D.J. & MONTCHRESTIEN 1988

M.P. DESWARTE Intérêt général et bien commun, R.D.P. 1988, p. 1289 & s

J.C. DOUENCE:

- La spécialité des personnes publiques en droit administratif, p. 762, R.D.P. 1972.
- Le statut constitutionnel des collectivités territoriales d'outre-mer, R.F.D.A.1992, p. 464

Ch. DURAND De l'Etat fédéral à l'Etat unitaire décentralisé, p. 193, Etudes offertes à A. MESTRE: L'évolution du droit public, SIREY 1956;

C. EMERI Gouvernement des juges ou veto des sages R.D.P. 1990 p. 349

Ch. EISENMANN:

- Les fonctions des circonscriptions territoriales dans l'organisation de l'Administration Mélanges M. WALINE p. 415 L.G.D.J. 1974
- L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs dans Mélanges CARRE DE MALBERG, Librairie Duchemin 1977
- Les structures de l'administration, Traité de Science administrative, p. 261, MOUTON, 1966

M.H. FABRE L'unité et l'indivisibilité de la République, réalité? fiction? R.D.P. 1982 p. 614

L. FAVOREU:

- La libre administration des collectivités locales, Actes du colloque d'Arc et Senans, 19 & 20 Avril 1984, p. 66 ECONOMICA 1984, - La problématique constitutionnelle des projets de réforme des collectivités locales R.F.D.A. 1990, p. 401
- Le principe de constitutionnalité, p. 33 Mélanges EISENMANN 1975
- Le contrôle juridictionnel des lois en Europe, R.D.P. 1984, p. 1183
- "Elaboration du statut: compétence exclusive de l'Etat ou compétence partagée", CAHIERS DU C.F.P.C., octobre 1983, p. V,
- "Libertés locales et libertés universitaires", R.D.P.1984, p. 689,
- Les sources du droit de la fonction publique territoriale, R.F.D.A.1985, p. 309

J. FERSTENBERT Droit et pratique de l'action extérieure des collectivités locales, R.J.C.O. n° 1 & 2, 1988;

M. FRENKEL Mécanismes de stabilité fédéraliste: l'expérience helvétique, p. 36, Annales de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J.1989

J.M. GARRIGOU-LAGRANGE Les partenaires du Conseil Constitutionnel ou De la fonction interpellatrice des juges R.D.P. 1986 p. 658.

P.M. GAUDEMET "Paul LABAND et la doctrine française de droit public ", R.D.P. 1989, p. 973.

Y. GAUDEMET Le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat dans le processus législatif, p. 92 & s, Actes du colloque des 21 & 22 janvier 1988, L.G.D.J-MONTCHRESTIEN, 1988

F. GAZIER Etude sur les établissements publics, E.D.C.E. 1984-85, p. 13.

J.L. GOUSSEAU Les emprunts extérieurs des collectivités locales, Article dactylographié, Faculté de Droit de Poitiers, Avril 1977

M. GROS & P.Y. VERKINDT L'autonomie du sport, fiction ou réalité, A.J.D.A.1985, p. 699

J.C. GROSHENS Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés p. 140 A.J.D.A 1966

J.C. HELIN:

- La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit R.F.D.A. 1987 p. 765.
- Le Préfet, les élus et le juge, LES PETITES AFFICHES 1992, n° 151, p. 14

Y. JEGOUZO:

- Les communautés de communes et les communautés de villes: révolution, innovation ou redondance ? R.F.D.A 1993, p. 3,
- " Le processus décisionnel en matière énergétique: bilan et perspectives " p. 141, Etudes de la faculté de droit de Tours, ECONOMICA, 1984,

R. JAGMETTI "Les compétences du pouvoir local en Suisse", p. 40 de l'ouvrage collectif "La Décentralisation en Europe", Ed. du C.N.R.S. 1981

G. JOLY & D. QUINTY Le rôle des Parlements européen et nationaux dans la fonction législative communautaire. Documents polycopiés du colloque " La commune, l'Etat et le droit; Bicentenaire de la Révolution et Marché unique européen ", Faculté de droit TOURS, 9 & 10 Novembre 1989

C. JULIEN La force au mépris du droit Le monde diplomatique -Manière de voir, n° 11

G. KOUBI Acte exécutoire et actes des autorités locales, R.D.P.1990, p. 1517

R. KOVAR Le droit national d'exécution du droit communautaire, essai d'une théorie de l'écran communautaire, p. 341, Mélanges J.BOULOUIS, DALLOZ 1991

R. de LACHARRIERE L'évolution de la communauté franco-africaine, p. 14, A.F.D.I. 1960

J.F. LACHAUME:

- L'évolution de la propriété publique dans L'évolution contemporaine du droit des biens, p. 105 & s, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, P.U.F. 1991
- Contrôle Administratif, Fasc.1, JURISCLASSEUR COLLECTIVITES LOCALES

P. LAMPUE Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer, R.D.P. 1984, p. 14;

J.M. LE BERRE Les pouvoirs d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration, A.J.D.A. 1979, n° 2, p. 14

D. LECOURT Toujours le combat des valeurs contre Darwin, LE MONDE DIPLOMATIQUE, Manière de voir "Etats-Unis, Fin de siècle", n° 16, Oct.1992

B. LEROUSSEAU Les emprunts des collectivités locales, A.J.D.A.1978, p. 433 & s

P. LIGNEAU:

- La décentralisation des politiques d'action sociale en France Actes du colloque de Varsovie 26-28/10/1988 Publications de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers P.U.F. 1990 p. 139,
- Décentralisation & politique sociale, A.J.D.A.1992, p. 77

F. LINDITCH Référendum local et démocratie représentative, LES PETITES AFFICHES 1992, n° 50, p. 6

M. LONG Considérations générales sur le droit communautaire, p. 25, Rapport public du Conseil d'Etat pour 1992, LA DOCUMENTATION FRANÇAISE

J.F. LORIT Décentralisation et déconcentration, p. 27, Revue Administrative 1986

D. LOSCHAK Le Conseil Constitutionnel protecteur des libertés? POUVOIRS n° 13, p. 41

F. LUCHAIRE:

- L'Union européenne et la Constitution, R.D.P. 1992, n° 3, 4, 6 et R.D.P. 1993 n° 2
- Le statut constitutionnel de la France d'outre-mer, A.J.D.A. 1992, p. 541
- Les fondements constitutionnels de la décentralisation, R.D.P.1982, p. 1557
- L'émergence d'un droit constitutionnel de la décentralisation, A.J.D.A.1992, p. 28

Y. MADIOT La dissolution des Conseils Municipaux R.D.P. 1974 p. 373

H. MAISL Le pouvoir réglementaire des organismes non étatiques, CAHIERS DU C.F.P.C, octobre 1983, p. 15

J.A. MAZERES Les collectivités locales et la représentation, R.D.P. 1990, p. 607

M. MERLE La constitution et les problèmes d'Outre-Mer, p. 146 & s, R.F.S.P. 1959

T. MICHALON " La République Française, une fédération qui s'ignore ", R.D.P.1982, p. 676

F.MODERNE:

- " Les régions autonomes dans la jurisprudence constitutionnelles du Portugal", p. 357 ECONOMICA 1989
- " Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction pourquoi le serait-elle ?" R.F.D.A. 1990, p. 803
- Analyse du projet de loi relatif à la répartition des compétences, p 42, Actes de la journée d'études de l'A.F.D.R.U. Rennes 24 septembre 1982, Ed. Ministère de l'Urbanisme, S.T.U, 1983

J.G. MORANGE Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16, DALLOZ 1962 p. 110

J. MOREAU:

- "Les autorités de police municipale ", Encyclopédie Dalloz Collectivités locales, p. 2210-1
- Brèves remarques sur les termes juridiques officiels utilisés pour caractériser la nature et les fonctions de Commissaire de la République, ADMINISTRATION, Déc.1985, p. 42,
- Bilan jurisprudentiel du contrôle administratif de légalité, A.J.D.A.1992 p. 57

E. NEGRIER Le crépuscule d'une théorie jurisprudentielle : l'écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel R.D.P. 1990 p. 767 et 776 & s

J.C. NEMERY Les nouvelles libertés communales, Les cahiers de l'administration territoriale
- Centre de recherche sur la décentralisation territoriale, n° 4 1982

G. ORSONI Les personnes publiques participatives non territoriales, R.D.P. 1979, p. 87

J.L. PEREAU, Quelle perspective pour le référendum communal en France après l'adoption de la loi sur l'organisation de l'administration territoriale, LES PETITES AFFICHES 1992, n° 114, p. 14.

E. PICARD Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen ? R.F.D.A. 1993, p. 47 & s

J.M. PONTIER:

- La subsidiarité en droit administratif, R.D.P. 1986, p. 1533
- Les anamorphoses de la décentralisation, 1ère partie, LES PETITES AFFICHES 1992, n° 137, p. 6
- Sur une clause générale de compétence, p. 1468 & s, R.D.P. 1984
- La deuxième loi relative à la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales, A.J.D.A 1983, p. 469

S. REGOURD De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie, p. 982, R.D.P. 1990

D. RETAILLE Au-delà des frontières, Le journal des élections n° 14, p. 29

L. RICHER L'évolution des rapports entre l'Administration et les entreprises privées, p. 919 R.D.P. 1981

J. RIDEAU Accords internationaux, Encyclopédie DALLOZ COMMUNAUTAIRE, n° 194

J. RIVERO:

- La décentralisation, Problèmes et perspectives, p. 46, Etudes Janvier 1950
- Remarques à propos du pouvoir hiérarchique, A.J.D.A. 1966 p. 154

R. ROUQUETTE La loi d'orientation relative à l'administration territoriale de la République, LES PETITES AFFICHES 1992, n° 144, p. 10

D. ROUSSEAU Une résurrection: la notion de constitution, R.D.P. 1990, p. 17.

A. ROUX Le statut constitutionnel des collectivités locales R.F.D.A.1992 p. 442

F. RUBIO LLORENTE Les relations entre le pouvoir central et les pouvoirs territoriaux dans la jurisprudence constitutionnelle, R.F.D.A. 1986, p. 8

F. SABIANI L'habilitation des personnes privées à gérer un service public, A.J.D.A. 1977, p.4

P. SABOURIN L'Europe, fédération ou intégration d'Etats-Nation ? Documents photocopiés du Colloque "La Commune, l'Etat et le droit; Bicentenaire de la Révolution et Marché unique européen, Faculté de Droit de TOURS, 9 & 10 novembre 1989;

F. SAINT-OUEN:

- La Suisse et la question de l'Europe politique, p. 26, Annales de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J. 1989,

- " Suisse et Communauté Européenne: deux modèles d'intégration opposés ? Documents dactylographiés du colloque " La commune, l'Etat et le Droit; Bicentenaire de la Révolution et marché unique européen, Faculté de droit de TOURS, 9 & 10 Novembre 1989

G. SCALLE Le droit constitutionnel international, Mélanges Carré de Malberg, p. 509 Librairie Duchemin 1977

H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF Une notion capitale du droit constitutionnel allemand: la Bundestreue (fidélité fédérale), R.D.P. 1979.p. 775

J. SINGER Les subventions accordées par les départements et commune, A.J.D.A. 1967, p. 510

J. TAO Le contrôle de constitutionnalité en R.P.C., R.D.P. 1987, p. 583

B. TOULEMONDE "Les associations, l'environnement et le droit", p. 7, Travaux et recherches de la Faculté de droit de Nantes, ECONOMICA, 1984.

M. TROPER:

- Système juridique et Etat, Tome 31, Archives de philosophie du droit, SIREY 1986
- Libre administration et théorie générale du droit, le concept de libre administration dans Libre administration des collectivités locales, p. 62 Economica 1984
- La pyramide est toujours debout! Réponse à Paul AMSELEK, p. 1529, R.D.P. 1978
- Le Problème de l'interprétation et la théorie de la supra légalité constitutionnelle, p. 147 Mélanges EISENMANN 1975

P. VARAINE & D. MALINGRE L'activité des Chambres régionales des Comptes, A.J.D.A.1985 p. 589

G. VEDEL Les bases constitutionnelles du droit administratif E.D.C.E. 1954 p. 31

S. VELLE La constitutionnalisation d'un mythe: justice administrative et séparation des pouvoirs, R.D.P. 1989, p. 771

J.E. VIE "Adieu, à la préfectorale", R.A.1981, p. 463

M. WAELEBROECK

- Recours en carence, n° 23, Encyclopédie DALLOZ COMMUNAUTAIRE,
- Le recours en annulation, n° 68 & s, Encyclopédie DALLOZ COMMUNAUTAIRE

XXX Les pays d'outre-mer de la République française, la communauté et les accords d'association, R.J.P.O.M. 1959 p. 346

IV) DECISIONS JURIDICTIONNELLES & COMMENTAIRES

- COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES

C.J.C.E. 14/12/1962 Féd. Nat. de la Boucherie en Gros, p. 26 Recueil des grands arrêts, DALLOZ 1991

C.J.C.E. 5/2/1963 Van Gend en Loos, p. 1, tome 1, Recueil des Grands arrêts de la C.J.C.E., DALLOZ, 1991

C.J.C.E. 15/7/64 Costa c. / Enel, p 158, tome 1, Recueil des grands arrêts de la C.J.C.E., DALLOZ 1991

C.J.C.E. 17/12/1970 Sté S.A.C.E. Recueil des grands arrêts C.J.C.E. p. 42, DALLOZ 1991

C.J.C.E. 31/3/1971 Commission c/ Conseil (Aff. de l'A.E.T.R.) Recueil des Grands Arrêts, n 13, p. 54, DALLOZ, 1991

C.J.C.E. 14/12/1971 Commission c/Gouvernement de la République française, Recueil des Grands Arrêts C.J.C.E., n° 35, p. 187, DALLOZ 1991

C.J.C.E. 10/10/1973 Variola, Rec. C.J.C.E. p. 990,

C.J.C.E. 6/7/1971 Pays-Bas c/ Commission, Recueil C.J.C.E. p. 651,

C.J.C.E. 4/12/1974 Van Duyn, Rec. C.J.C.E. p. 1337.

C.J.C.E. 1/2/1977 Verband des Nederland Ondernemigen, rec. C.J.C.E. p. 127

C.J.C.E. 9/3/1978 SIMMENTHAL, A.J.D.A. 1978, p. 323, note J. BOULOUIS

C.J.C.E. 6/5/1980 Commission c/ Belgique, Rec. C.J.C.E. p. 1473

C.J.C.E. 29/10/1980 Roquette frères, aff.138.79, Rec. C.J.C.E. p. 3333

C.J.C.E. 7/7/1981 REWE, Rec. C.J.C.E. p. 1837-1838,

C.J.C.E. 25/5/1982 Commission c/ Pays-Bas, Recueil 1982, p. 1833,

C.J.C.E. 10/2/1983, Grand Duché du Luxembourg c/ Parlement européen, Rec. p 255

C.J.C.E. du 19/6/1990 "Secretary of State for Transport ". A.J.D.A. 1990, p. 832, note P. LE MIRE.

C.J.C.E. (Plénière) 12 Février 1992 B. Leplat c/Territoire de la Polynésie, LES PETITES AFFICHES 1992, n° 38, p. 10

- CONSEIL CONSTITUTIONNEL

C.C.Décision des 17,18 et 24 juin 1959, Rec. Conseil Constitutionnel, p. 58

C.C. 6/11/1962 Loi référendaire, rec. p. 27

C.C 2/7/1965 Décision 65-34 L, Rec. p. 75

C.C.15/1/1975 I.V.G., recueil des grandes décisions du C.C., p. 357, SIREY 1975

C.C.29 & 30 décembre 1976 Décision 76-71 DC relative à l'élection de l'Assemblée européenne, R.D.P. 1977, p. 129 & s, note L. FAVOREU et L. PHILIP

C.C 79-104 DC du 23/5/1979, R.D.P.1979 p. 1694, note L.FAVOREU

C.C. 22/7/1980 Décision 80-122 R.D.P.1980, note L. FAVOREU

C.C.30/12/1980 Décision 80-126 Loi de finances pour 1981, R.D.P. 1982, p. 150, note L. PHILIP p. 127,

C.C.30 & 31/10/1981 Décision 81-129 DC Loi portant dérogation au monopole d'Etat de la radiodiffusion, étendue aux T.O.M. par voie d'amendement, Rec. p. 35

C.C.5/1/1982 Décision 81-134 DC, A.J.D.A. 1982, p. 85.

C.C. 16 Janvier 1982 81-132 D.C. loi de nationalisation

C.C.25 février 1982 Statut de la Corse, A.J.D.A.1982, p. 294

C.C. décision 82-146 D.C. du 18 Novembre 1982 sur la loi électorale municipale

C.C. 30/7/1982 Décision 82-143 DC "Blocage des prix et revenus", Rec. p. 57

C.C.25/1/1985 Décision 85-187 DC, A.J.D.A. 1985, p. 362, note P. WASCHMANN

C.C. décision 85-196 DC du 8/8/1985, A.J.D.A 1985, p. 605 note L. HAMON et R.D.P. 1986 Chronique constitutionnelle de L. FAVOREU p. 462

C.C. 28 décembre 1985, Décision 85-205 DC, rec. p. 24.

C.C.86-217 D.C. du 18/9/1986, C.N.C.L., A.J.D.A.1987, p. 107

C.C. Décision 86-224 DC du 23/1/1987. A.J.D.A. 1987, p. 345, note J. CHEVALLIER, R.D.P. 1987, p. 1341, note Y. GAUDEMET, R.F.D.A. 1987, p. 287, note B. GENEVOIS et p. 301, note L. FAVOREU

C.C. 17/1/89 Décision 88-247, rec. p. 16

C.C.17/1/1989 248 D.C., R.D.P. 1989 p. 447, note L. FAVOREU

C.C.29/5/1990 Décision 90-274 D.C. à propos de la loi "droit au logement",J.O.1/6/1990, p.6518

C.C.9/5/1991 Décision 91-290 à propos du statut de la Corse, cf.R.F.D.A.1991, p. 407, note B. GENEVOIS

C.C.92-308 DC du 9/4/1992, R.D.P. 1992, p. 608,

C.C.92-312 DC du 2/9/1992 Traité sur l'Union européenne, R.F.D.A. 1992, p. 950.

C.C. Décision 92-314 du 17/12/1992 et Décision 92-315 du 12/1/1993, R.D.P. 1993, p. 315 et commentaire F. LUCHAIRE

C.C.92-316 DC du 20/1/1993, R.F.D.A.1993, p. 901, note D. POUYAUD

- CONSEIL D'ETAT

C.E. 29 Mars 1901 Casanova p 59 & s, G.A.J.A. SIREY 9^{ème} éd.1990;

C.E. Com. de Nérès les bains 18/4/1902, G.A.J.A. p. 68, SIREY 1990

C.E.30 Mai 1930 Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers p 268 & s, G.A.J.A. SIREY 9^{ème} éd.1990

C.E.3/7/1931 Karl & Toto Same, SIREY 1931, III, p. 129 & Conclusions ETTORI et note CH. ROUSSEAU

C.E. 7/2/1936 Jamart G.A.J.A. p. 305

C.E. 27/12/1948 Commune de Champigny s/Marne DALLOZ Hebdo.1949, p. 408

C.E. 13/5/1949 Couvrat D.1950, p. 77, note J.G.

C.E.24/6/1949 Commune de ST SERVAN SIREY Hebdo.1949.3.55;

C.E.17/2/1950 Ministre de l'agriculture contre Dame Lamotte R.D.P.1951, p. 478, G.A.J.A. 9^{ème} éd. 1990 p. 433

C.E. 7/11/1952 Conseil Général du Rhône, rec. p. 494, concl. Chardeau,

C.E.13/3/1953 Pensionnat St Louis, rec. p. 132

C.E. 13/11/1953 Ch. Synd. des industries et du commerce des cartouches de chasse, D.54, p.553

C.E. 12/7/1956 Sieurs M'PAYE, N'GOM et MOUMIE, R.J.P.U.F. 1956, p. 809, conclusions HEUMANN

C.E.19/10/1956 DALMASSO, D.1956, p. 643

C.E. 5/12/1958 Commune de DOURGNE R.D.P. 1959, p. 990

C.E. 9/1/1959 Ch. Synd. des entreprises de boulangeries, rec. p. 18

C.E.18/11/1959 BERRE R.A. 1960 p. 167

C.E. 18/12/1959 Soc. "Les Films Lutetia", G.A.J.A. p. 577, SIREY 1990

C.E. 29/1/1960 Comité national de la meunerie d'exportation, Leb. p. 69
 C.E. 24/6/1960 FRAMPAR G.A.J.A, p. 584 & s,
 C.E. 13/1/1961 Magnier, R.D.P. 61, p. 155
 C.E. 16/6/1961 Alibay Banjee R.D.P.1961, p. 1106,
 C.E. 16/6/1961 KOTALIMBORA R.D.P. 1961, p. 1107
 C.E. 17/1/1962 Société frigorifique des produits des éleveurs tchadiens R.D.P.1962, p. 777
 C.E.2/3/1962 Rubin de Servens G.A.J.A. p. 598 SIREY 1990
 C.E. 20 Novembre 1964 Ville de Nanterre A.J.D.A. 1964 p. 686
 C.E. Ass. 27/2/1970 Sieur Saïd Ali Tourqui et autres, A.J.D.A. 1970, p. 231,
 C.E. 29/4/1970 Unipain, A.J.D.A 1970, p. 430 conclusions G. BRAIBANT
 C.E. du 23/12/1970 commune de Champigny, R.D.P. 1971, p. 248
 C.E.19/5/1973 Ville de Cayenne, A.J.D.A. 1973, p. 538, note P. FERRARI
 C.E. 26/10/1973 GRASSIN, A.J.D.A. 1974, p. 34 C.E.26/6/1974 Soc. La maison des isolants de France, R.D.P.1974, p. 1486
 C.E. 22/11/1974 Fédération des industries françaises d'articles de sport, R.D.P. 1975 p. 1159
 C.E. Ass. 26 Novembre 1976 SOLDANI req. 99036 A.J.D.A. 1977, p. 33
 C.E. 14/10/1977 Synd.gén. C.G.T. du personnel des affaires sociales et Union synd. C.F.D.T. des affaires sociales, A.J.D.A. 1977, p. 228
 C.E.10/3/1978 Com. de Roquefort les Pins, A.J.D.A.1978, p. 346-347,
 C.E. 15/3/1978 Synd.gén. de l'éducation nationale C.F.D.T. et F.E.N., A.J.D.A. 1979, p. 42
 C.E. 22/12/1978 Fédération nationale des distributeurs de films, Leb. p. 527
 C.E. 22/12/1978 Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux, A.J.D.A. Mars 1979, p. 40, et R.D.P. 1979; p. 1753-1754,
 C.E.22/12/1978 Cohn-Bendit, A.J.D.A. mars 1979, p. 41.
 C.E.7/3/1980 "Cinq Sept" et autres, A.J.D.A.1980, p. 423
 C.E. 9/5/1980 Com. de Champagne de Blanzac, A.J.D.A.1981, p. 103, note M. BELANGER
 C.E.27 février 1981, Wahnapo, A.J.D.A.1981, p. 477, concl. M. FRANC
 C.E.29/5/1981 REKHOU, R.D.P. 1981, p. 1707.
 C.E.22/1/1982 Butin (1ère espèce) et Ah Won (2ème espèce), A.J.D.A. 1982, p. 477
 C.E. 11 Juin 1982 A. MESTDAHG, p. 42 A.J.D.A.1983;
 C.E. 21/5/1982 BOURDAIS, R.D.P. 1983, p. 515,
 C.E.29/4/1983 Ass. de défense des espaces ruraux et naturels de la commune de REGNY, A.J.D.A. 1983, p. 37

C.E.23/3/1984 Organisme de gestion des écoles catholiques de Couëron, R.D.P. 1984, p.1137,
 C.E. 4/7/1984 Département de la Meuse c/ Poilera R.F.D.A. 1985, p. 58, note J.C. DOUENCE et R.D.P.1985, p. 199, note J.,DE SOTO
 T.C.2/7/1984 Préfet, Corep du Loiret c/ T.G.I. Orléans A.J.D.A. 1984, p. 562
 C.E.13/2/1985 S.C.A.A.N. Cergy-Pontoise, A.J.D.A.1985, p. 271, note J. MOREAU
 C.E. 13 Mars 1985 Ville de Cayenne et autres A.J.D.A. 1985, p. 376.
 C.E. 6/11/1985 Commune de Viry Chatillon R.F.D.A. 1986, p. 388-,
 C.E.18/4/1986 Commissaire de la République d'Ille & Vilaine, R.F.D.A.1987, p. 206, Concl. M. ROUX, et A.J.D.A.1986, p. 415
 C.E. 6 juin 1986 Département de la Côte d'Or, A.J.D.A. 1986, p. 594
 C.E.6/6/1986 Féd.des Fonctionnaires agents et ouvriers de la fonction publique et M.GOYETA, A.J.D.A.1986, p. 454;
 C.E.30/1/1987 Dépt. de la Moselle, R.D.P.1987, p. 785, note F.LLORENS p. 777
 C.E.27/2/1987 Com. de Grand Bourg de Maie Galante, A.J.D.A.1987, p. 418, note X. PRETOT et R.F.D.A.1987, p. 212, Concl. B. STIRN et p. 219, note J.C. DOUENCE
 C.E. 27/2/1987 NGUYEN VAN GIA, R.F.D.A. 1987, p. 669, D. RUZIE commentaire
 C.E. 27/4/1987 Ministre de l'Economie c/ Sté Mercure Paris-Etoile A.J.D.A. 1987, p. 526
 C.E. 27/4/1987 Comité interprofessionnel du gruyère de Comté, R.F.D.A. 198, p. 885
 C.E.29/4/1987 DOUHERET, A.J.D.A.1987, p. 553, note X. PRETOT
 C.E.10/7/1987 M.DEREZ c/ Com. d'UVERNET-FOURS, R.F.D.A.1987, p. 988, note G. MELLERAY
 C.E.17/7/1987 Sté Affichage Giraudy, rec. p. 578,
 C.E.29/7/1987 France terre d'asile, rec. p. 263,
 C.E. 9/12/1987 Barral, Leb. p. 536
 C.E.13/1/1988 Mutuelle générale des personnels des collectivités locales, A.J.D.A.1988, p. 160
 C.E.10 Février 1988 Com. de BRIVES-CHARENSAC A.J.D.A. 1988, p. 279 & s
 C.E. 11/7/1988 Conseil départemental de l'Ordre des médecins des Alpes-maritimes c/ Boucq, Leb. p. 291
 C.E.30/9/1988 Ville de Nemours, A.J.D.A. 1988, p. 739, Concl. Y. MOREAU
 C.E.9/11/1988 Fourcade & autres, A.J.D.A.1989, p. 173, Concl. M. de SAINT-PULGENT, note R. ROUQUETTE et R.F.D.A.1998, p. 738, note C. LOUIT
 C.E. 20/1/1989 Fédération de Karaté Taekwuwdo, R.D.P. 1990, p. 575 et Leb p 874,

C.E. 3/2/1989 Cie Alitalia, R.F.D.A. 1989, p. 391, Concl. N. CHAHID-NOURAÏ, notes de L. DUBOIS & de O. BEAUD

C.E.31/3/1989 Dlle MEMET, A.J.D.A.1989, p. 538, Concl. D. LEVIS et note J.B. AUBY, p.548

C.E.31/3/1989 LAMBERT, A.J.D.A.1989, p. 338

C.E. 19/4/1989 Commune de St Gilles-Croix-de-Vie, A.J.D.A.1989, p. 637

C.E. 12/5/1989 Ministre des DOM-TOM c/ Mme PIERMONT A.J.D.A.1989, p. 711, note X. PRETOT

C.E.23/10/1989 Cme de Pierrefite sur Seine, Com. de St Ouen, Com. de Romainville A.J.D.A. 1990, p. 119

C.E. 5 Juillet 1989 Mme Saubot & autres Leb. p. 159 & 874,

C.E.20/10/1989 NICOLO, R.F.D.A. 1989, p. 813 et s, Concl. P. FRYDMAN et note B. GENEVOIS

C.E.6/12/1989 CALIF, A.J.D.A.1990, p. 484, note J. MOREAU,

C.E.31/1/1990 District urbain du pays de Montbéliard, A.J.D.A.1990, p. 492, note D. BROUSSE

C.E. Ass. 9/2/1990 (2 espèces) Elections municipales de Pouembout et Elections municipales de Lifou, R.F.D.A.1991, p. 610, Concl. T. TUOT

C.E. 14 mars 1990 Office culturel de Cluny, A.J.D.A. 1990, p. 645

C.E.27/6/1990 Commune de St Germain-sur-Morin, A.J.D.A.1990, p. 829

C.E. 29/6/1990 G.I.S.T.I., R.F.D.A. 1990, p. 923, note J.F. LACHAUME

C.E.11/7/1990 Ministre de la défense c/ Mabru et autres, R.F.D.A.1990, p. 673;

C.E. 12 octobre 1990 Dépt. Val de Marne, J.C.P. Ed.Gén. 1991 n° 21638

C.E. 12/11/1990 Min.des Aff.soc. et de l'emploi et Sté ATOCHEM A.J.D.A. 1991, p. 484;

C.E. 7/12/1990 Di Lello A.J.D.A.1991, p. 117

C.E.21/12/1990 Conf.NAT. des Assoc. Familiales Catholiques, R.F.D.A.1990, p. 1075, Concl. B. STIRN, p. 1075

C.E.14/1/1991 Com.de NOISIEL, G.P.21-22-23/4/1991, p. 6,

C.E. 25/1/1991 BRASSEUR A.J.D.A. 1991, p. 395

C.E.30/1/1991 (2 espèces) Ministre de l'Equipement ...c/ Ch.synd.française de l'affichage, et Min. de l'Equipement ... c/Sté Route et Ville, G.P. 1991, Panorama droit adm., p. 86

C.E.4/3/1991 Ville de Tourcoing, G.P.1991, panorama de droit adm., p. 102

C.E.19/6/1991 Féd. Française de boxe américaine, LE QUOTIDIEN JURIDIQUE 1992, n° 47, p. 2

C.E. Ass 19/4/1991 Belgacem (1ère espèce) Mme Babas (2de espèce) R.F.D.A 1991, p 497.

C.E. 18/11/1991 Dépt des Alpes maritimes, A.J.D.A. p. 231, note C. DEVES

C.E.3/2/1992 Com. de SOULOM, R.F.D.A.1992, p. 365

C.E. 28/2/1992 Sté anonyme Rothmans International France, R.F.D.A. 1992, p. 425, note L. BOULOUIS

C.E. 1/4/1992 Ministre de l'Economie et des finances c/ S.A."Bienne Auto", LE QUOTIDIEN JURIDIQUE 1993, n° 64, p. 3

C.E.6/6/1992 Ass. des amis de St Palais sur Mer, A.J.D.A.1992, p. 761, note H. JACQUOT

C.E. 12 Juin 1992 Région Midi -Pyrénées, PETITES AFFICHES n° 111 Sept.1992, p. 5

C.E.30/10/1992, Centre de Conférences international de Paris, A.J.D.A.1992, p. 821, Concl.F. LAMY et p. 830 note Y. JEGOUZO

C.E.16/11/1992, Ville de Paris, R.F.D.A.1993, p. 602, note de J. MORAND-DEVILLER & D. MORENO

C.E. 5/11/1992 Assoc. des amis de St Palais sur mer, p. 173 A.J.D.A. 1992

C.E.14/12/1992 Commune de FRICHE-MESNIL, Droit administratif, Février 1993, p. 8, n°68,

C.E.18/12/1992 Préfet de la Gironde c/ M.MHAMEDI, R.F.D.A.1993, p. 333, Concl.F. LAMY et note D. RUZIE

C.E.15/2/1993 Région Nord-Pas-de-Calais, DROIT ADMINISTRATIF, Avril 1993, p. 8, n°154.

C.E.9/4/1993 Com. de Contamines-Montjoie c. / Préfet de la Haute Savoie, R.F.D.A. p. 1018, concl. J.C. BONICHOT

C.E.14/5/1993 Mme Smets, A.J.D.A.1993, p. 501.

- TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

T.A. Amiens 25/4/1975 Sieur ROUHETTE et autres, A.J.D.A.1975, p. 460

T.A. St Denis de la Réunion, 2/8/1982, Ph. HUBERT-DELISLE, J.C.P.1983, n° 19994

T.A. Clermont -Ferrand, H.TAY 21/10.1983 A.J.D.A. 1984, p. 166

T.A LYON 10 Juillet 1984 Com. de FONS, note D. CHABANOL A.J.D.A. 1984, p. 570 & s;

T.A. 7/12/1984 Préfet du Val d'Oise c/ S.C.A.A.N. Cergy-Pontoise, A.J.D.A.1985, p. 286, note J.C.

T.A. POITIERS 30 Avril 1985 com. de ROM, note J.F. LACHAUME R.F.D.A. 1986, p. 618

T.A. ORLEANS 11/6/1986 Rousseau c/ Commission départementale d'aménagement foncier du Loiret, R.J.C.O., n° 0, 1987,

T.A. AMIENS 1/12/1987 Braine & Vantomme, A.J.D.A. 1988, p. 394

C.A.A. PARIS 25/7/1989 Ministre des affaires sociales c/Centre nationale d'études et de formation des industries de carrière, Leb. p. 439

T.A. d'ORLEANS 5/7/1990 Assoc. des riverains du Vieux Cher ... R.J.C.O. 1991, n° 8, p. 72

T.A. CHALONS sur Marne 6/11/1990, G.P. 1991, panorama Droit adm. p. 96

T.A. MARSEILLE 13 décembre 1990, M. SOIDIKI c/Com. de Marseille, G.P.1991, Panorama droit adm., p. 98

T.A. ORLEANS 5/3/1991 Préfet d'Indre & Loire c/ Com. de St Pierre des Corps, Req.90-1231,

T.A. ROUEN 13/5/1991 Ass. de défense de la forêt de la Caboche...J.C.P. 1992 , n° 21781, note C. DEBOUY

T.A. POITIERS 9/10/1991 Préfet Charente-Maritime c/ Commune de Lagord, LES PETITES AFFICHES 1992, n° 154, p. 21,

T.A. LA REUNION 18/12/1991 Lechat c/ Com. de St Denis de la Réunion, LES PETITES AFFICHES 1993, n° 74, p. 5

T.A. LILLE 16/7/1992 Commune d'Haumont (décision non publiée).

T.A. PAU 2/12/1992, R.F.D.A.1992, p 283. A.J.D.A. Mars 1979, p. 41, Conclusions J.L. REY

T.A. RENNES, Ord. Vice-Président délégué, 26/1/1993 Sté Le DOUAINON, Droit Adm. Mai 1993, n° 237

T.A. Nantes 8/2/1993 Commune d'Avrillé, non publié.

T.A. ORLEANS 15/6/1993, Préfet d'Indre & Loire, Req. 91-1383

V) RECUEIL DE TEXTES, RAPPORTS, DEBATS ASSEMBLEES ...

Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la Tribune Nationale, A. EYMERY
Libraire Paris (1820)

Réimpression du Moniteur Universel de la Constituante (5 tomes), PLON 1860:

Débats Ass.Nat.Const. J.O. 1946

Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4/10/1958, 2 volumes,
LA DOCUMENTATION FRANCAISE, 1988

Rapports et débats Assemblées législatives V ème République

Les établissements publics: transformations et suppressions, N.E. Doc. Franc. 4876, 1989

Avis du C.E. sur le pouvoir réglementaire du Centre national de la cinématographie E.D.C.E.
n° 31, 1979-80

O. GUICHARD Vivre ensemble, 2 tomes, Documentation française, 1976

J. AUBERT La réponse des maires de France Commission des communes de France, 1977

M. DUVERGER Constitutions & Documents politiques, P.U.F. 1989;

P.F. GONIDEC Constitutions des Etats de la Communauté, SIREY 1959

J. IMBERT, G. SAUTEL & M. BOULET-SAUTEL Histoire des institutions et des faits
sociaux, Coll. Thémis, Textes et documents, P.U.F. 1961

TABLE DES MATIERES

Introduction, p. 4

1^{ère} partie: La centralisation - décentralisation, élément d'un mode de production des actes juridiques, p 9

Chapitre I) La centralisation - décentralisation se rattache à la production des actes juridiques, p 10

Section I) Le pouvoir normatif dans un système juridique hiérarchisé, objet de la centralisation - décentralisation, p 12

I) L'organisation du pouvoir normatif dans le système juridique, p 13

A) Une matière: le pouvoir normatif dans le système juridique, p 13

1) Le système juridique, lieu de la question de la centralisation - décentralisation, p 13

2) La centralisation - décentralisation, élément de la qualification des actes en normes, p 17

B) Un objet: l'organisation du pouvoir normatif, p 19

1) Un objet perçu de façon marginale, p 19

2) Un objet réduit à son aspect structurel, p 21

II) L'organisation dans un système juridique hiérarchisé, p 24

A) L'internationalisation de cette organisation selon EISENMANN, p 25

B) Une internationalisation contestable, p 27

1) Le droit international ne règle pas l'organisation du pouvoir normatif, p 28

2) L'impossible garantie de cette prétendue organisation internationale du pouvoir normatif, p 32

Section II) La centralisation - décentralisation, technique d'insertion des actes dans l'ordre juridique, p 34

I) Les résolutions contradictoires de l'équation division=unité, p 36

A) Les positions doctrinales, p 36

1) Le rejet pur et simple de l'hypothèse, p 36

2) L'admission de l'hypothèse, p 38

- a) La thèse de la subordination, p 38
- b) la thèse de la conciliation, p 39
- b-1) les réponses territorialistes, p 41
- b-2) " la réponse "matérialiste"", p 43
- B) le droit positif, p 45
 - 1) Le caractère second des lois fédérales et de l'Etat fédéré, p 45
 - 2) Le caractère second des règlements nationaux et locaux, p 47
- II) Les éléments pour une solution de l'équation division=unité, p 49
 - A) La compatibilité des termes de l'équation, p 49
 - 1) L'unicité de la règle à chaque niveau de la hiérarchie, p 49
 - 2) L'unicité de la norme n'implique pas la subordination de l'acte écarté, p 52
 - B) La séparation des pouvoirs: hypothèse de solution, p 56
 - 1) La séparation des pouvoirs, arrière-plan de la centralisation - décentralisation, p 57
 - 2) La semi - décentralisation, fondement du rapprochement, p 60
- Chapitre II) La centralisation - décentralisation se rattache à la séparation des pouvoirs, p 63
- Section I) L'identification des rapports entre organes centraux et non centraux à l'exercice des facultés de statuer et d'empêcher, p 64
 - I) Les moyens de la faculté de statuer, p 64
 - A) La faculté d'ordonner, élément de la faculté de statuer, p 65
 - 1) La distinction capacité - compétence, p 65
 - 2) La distinction capacité – compétence - pouvoir, p 67
 - 3) La distinction capacité – compétence - attribution, p 69
 - B) La faculté de corriger, élément de la faculté de statuer, p 70
 - II) Les moyens de la faculté d'empêcher, p 71
 - A) Le pouvoir d'approbation, élément de la faculté d'empêcher, p 71
 - B) L'annulation, élément de la faculté d'empêcher, p 74
- Section II) Facultés de statuer et d'empêcher; instruments de l'unité du pouvoir normatif, p 75
 - I) Facultés de statuer et d'empêcher, éléments d'un même pouvoir, p 77
 - A) L'appartenance contestée de la faculté d'empêcher au pouvoir normatif, p 78
 - 1) La contestation en matière législative, p 78
 - 2) La contestation en matière de centralisation - décentralisation, p 81
 - a) Le rejet par S. REGOURD de la co-décision, p 81
 - b) la proposition de S. REGOURD, p 84

B) La nécessaire appartenance de la faculté d'empêcher au pouvoir normatif, p 85

1) Le fondement de l'appartenance: la distinction acte juridique - norme, p 86

a) Les actes des organes concernés ne sont pas des normes, p 86

b) Les actes des organes concernés sont des actes juridiques, p 88

2) La faculté d'empêcher, ultime rempart au caractère de norme, p 91

a) Le critère de la norme: l'incontestabilité, p 91

b) Le moment de l'incontestabilité, p 93

II) Une unité découlant de la place du juge dans le processus normatif, p 94

A) Le juge normateur, p 94

1) La décision juridictionnelle n'est pas une norme, p 96

2) Un raisonnement normateur, p 98

B) le juge, élément du pouvoir normatif, p 100

1) L'enjeu de l'intervention du juge, p 101

2) Un enjeu intégrant le juge au processus normatif, p 103

CONCLUSION DE LA PARTIE, p 108

2^{ème} PARTIE La centralisation - décentralisation, modalité de la séparation des pouvoirs, p 111

CHAPITRE I) Les éléments de la distinction centralisation - décentralisation, p 111

SOUS-CHAPITRE I : La recherche de critères, un préalable nécessaire, p 112

Section I) L'impuissance d'une démarche doctrinale descriptive, p 112

I) Centralisation - concentration; identité ou différence? p 112

II) Fédéralisme - décentralisation : l'impossible discrimination, p 113

A) L'impossible mesure de l'initialité de l'autonomie, p 114

B) La personnalité morale, parure de toutes les dépendances, p 116

Section II) Des critères objectifs contestés, p 117

I) L'approche de H.KELSEN, p 117

A) Statique et dynamique du droit appliqué à la centralisation - décentralisation, p 117

1) Statique et dynamique du droit, p 118

2) L'application de la distinction à la centralisation - décentralisation, p 119

B) La critique de Ch. EISENMANN, p 120

1) L'impossible idée de validité territoriale des normes, p 121

2) Le nécessaire rejet du critère statique, p 122

a) L'inapplicabilité du critère statique aux actes individuels, p 122

b) L'impossible qualification de toutes les situations par le critère statique, p 123

II) L'approche "matérialiste", p 126

A) L'absence de pertinence du critère matériel au regard de l'objet des normes, p 126

B) L'absence de pertinence au fond du critère matériel, p 127

Sous - Chapitre II) Les données d'une définition de la centralisation - décentralisation, p 129

SECTION I) La distinction des organes centraux et non centraux, p 129

I) Le critère de la compétence personnelle des organes, p 129

A) La thèse de Ch. EISENMANN, p 129

B) La compétence personnelle n'exclut pas la décentralisation par services du champ d'observation, p 131

1) La décentralisation par services, hypothèse de décentralisation personnelle " ratione personae ", p 131

a) la notion de décentralisation par services, p 131

b) Le raisonnement contradictoire de Ch. EISENMANN, p 132

2) La décentralisation par services n'est pas mise en oeuvre par des organes centraux, p 134

a) La thèse de Ch. EISENMANN se heurte à la réalité, p 134

b) La thèse de Ch. EISENMANN s'écarte de sa théorie de la compétence personnelle, p 135

II) La distinction des organes est effectuée par la norme première, p 136

A) La diffusion du pouvoir, enjeu de la centralisation - décentralisation, p 136

1) Un enjeu clairement perceptible en matière de décentralisation territoriale, p 137

2) La décentralisation "ratione personae" expression de la "participation», p 139

B) La désignation des organes centraux et non centraux, p 141

1) L'application de la compétence personnelle aux facultés, p 141

2) L'importance de la norme créatrice des organes, p 144

a) L'impact du niveau de la norme créant les organes, p 145

b) les limites au démembrement du titulaire principal de la faculté de statuer, p 147

SECTION II) L'exercice toujours discrétionnaire des facultés, p 148

I) les différentes approches des rapports entre organes centraux et non centraux, p 148

A) L'approche doctrinale classique, p 149

1) L'identité des techniques, p 149

2) La distinction fondée sur le caractère discrétionnaire ou non des actes, p 150

B) L'approche de Ch. EISENMANN, p 151

1) L'exposé de la thèse de Ch. EISENMANN, p 151

2) La critique de S.REGOURD, p 156

II) Le dépassement de la distinction compétence liée - compétence discrétionnaire, p 158

A) La maîtrise discrétionnaire du contrôle, p 160

B) La maîtrise discrétionnaire de la norme appliquée, p 163

CHAPITRE II) L'organisation des facultés de statuer et d'empêcher, critère de la centralisation - décentralisation, p 168

S/Chapitre I) Les principes régissant cette organisation, p 168

Section I) Les modalités de la division de la faculté de statuer ne garantissent pas le monopole de son exercice, p 169

I) L'insuffisance des principes limitant la capacité des organes, p 169

A) L'absence de caractère opératoire de l'octroi d'une capacité juridique limitée, p 169

1) L'insuffisance d'une capacité finalisée, p 169

2) L'insuffisance d'une finalité spécialisée, p 172

B) Une limitation de la capacité de l'Etat contestée, p 174

1) Le refus d'application à l'Etat des conséquences de la personnalité morale, p 176

2) Le rejet du caractère limité de la compétence générale de l'Etat, p 178

II) La mise en oeuvre des principes par les gouvernants ne garantit pas le monopole des facultés de statuer distribuées, p 180

A) L'attribution d'une compétence générale rend illusoire sa garantie, p 182

B) L'attribution de compétences spéciales n'apporte pas la garantie souhaitée, p 187

1) la spécialité territoriale p 187

2) la spécialité matérielle p 188

3) la spécialité formelle p 191

Section II) La faculté d'empêcher, garantie des facultés de statuer reconnues aux organes, p 192

I) La faculté d'empêcher du juge ne garantit pas la faculté de statuer des organes centraux et non centraux, p 193

A) Un contrôle rigoureux mais nécessairement altéré, p 193

1) Les motifs de la faculté d'empêcher, p 193

2) La rigueur du contrôle juridictionnel, p 195

B) Le juge dispensateur des facultés de statuer, p 197

II) La réciprocité des facultés d'empêcher, garantie des facultés de statuer, p 203

A) La faculté d'empêcher centrale doit préserver la faculté de statuer non centrale, p 203

- 1) Le titulaire de la faculté d'empêcher, p 204
 - a) La confirmation de la centralisation, p 204
 - b) La condition nécessaire à la décentralisation, p 205
- 2) Le moment de l'exercice de la faculté d'empêcher, p 206
 - a) Faculté d'empêcher et entrée en vigueur de la norme "non centrale", p 206
 - b) Le dépassement de l'empêchement, p 209
- B) La faculté d'empêcher non centrale doit préserver la faculté de statuer centrale, p 211
- Sous - Chapitre II) Les modalités de mise en oeuvre des principes, fondement des concepts, p 213
- Section I) La centralisation ou le monopole de la faculté de statuer des organes centraux, p 213
- S/Section I) Les techniques d'organisation du monopole, p 214
 - I) " La centralisation pure et parfaite ", p 214
 - II) " La centralisation imparfaite " ou la division fictive de la faculté de statuer, p 216
 - A) La centralisation imparfaite par soumission à l'autorité hiérarchique, p 216
 - 1) le contenu du pouvoir de direction, p 217
 - 2) la question de la substitution, p 220
 - B) La centralisation par association inégalitaire, p 222
- Sous-section II) Les différentes centralisations, p 223
 - I) la centralisation législative, critère de l'Etat unitaire, p 223
 - A) Définition de l'Etat unitaire, p 224
 - 1) L'imprécision doctrinale, p 224
 - 2) L'Etat unitaire: Etat de production centralisé de la loi, p 225
 - B) Les types d'Etat unitaire, p 225
 - II) La centralisation réglementaire, critère de l'Etat centralisé ou concentré, p 226
 - A) Définition de l'Etat centralisé ou concentré, p 227
 - 1) L'imprécision doctrinale, p 227
 - 2) L'Etat centralisé ou concentré; Etat de production centralisée ou concentrée du règlement, p 228
 - B) Les types d'Etat centralisé, p 229
 - 1) la centralisation réglementaire en l'absence d'organes non centraux, critère de la concentration ou centralisation, p 229

2) la centralisation réglementaire par subordination d'organes non centraux, critère de la déconcentration, p 230

a) Concentration et déconcentration chez EISENMANN, p 230

b) la déconcentration: division fictive de la faculté de statuer en matière réglementaire, p 232

Section II) la décentralisation ou le monopole de la faculté de statuer au profit d'organes non centraux, p 235

Sous-section I) Les techniques d'organisation du monopole de la faculté de statuer des organes non centraux, p 236

I) La décentralisation parfaite, p 236

A) La garantie de l'existence de la faculté de statuer non centrale, p 237

1) L'insuffisante protection de la faculté de statuer non centrale par son inscription dans la norme supérieure, p 237

2) La participation à la faculté de statuer centrale, garantie de la faculté de statuer non centrale, p 240

a) La participation de l'organe non central à la faculté de statuer centrale, p 241

b) L'octroi aux organes non centraux de la faculté d'empêcher les organes centraux, p 242

B) La garantie de l'autonomie de la faculté de statuer non centrale, p 243

1) La faculté d'empêcher ne doit pas impliquer une association à la faculté de statuer non centrale, p 244

2) Les modalités de la garantie de l'autonomie de la faculté de statuer, p 247

a) Le titulaire de la faculté d'empêcher ne doit pas posséder une faculté de statuer, p 248

b) La faculté d'empêcher doit s'exercer a posteriori, p 251

II) La décentralisation imparfaite ou la déconcentralisation, p 255

A) L'atteinte à l'existence de la faculté de statuer locale, p 255

1) Le refus d'une association à la faculté de statuer centrale, p 256

a) L'indifférence à l'initiative non centrale, p 256

b) L'absence de portée de l'association des organes non centraux à l'élaboration des normes centrales, p 258

2) Le refus d'une réelle faculté d'empêcher au profit des organes non centraux, p 259

B) L'atteinte à l'autonomie de la faculté de statuer locale, p 261

1) Le privilège des organes centraux dans la mise en oeuvre de la faculté d'empêcher, p 262

2) Le rapprochement du contrôle a posteriori du contrôle a priori, p 265

Sous-section II) Les conséquences de l'organisation du monopole de la faculté de statuer non centrale sur le caractère de l'ordre juridique, p 266

I) La décentralisation législative: critère de l'Etat fédéral, p 267

A) L'Etat fédéral, p 267

1) L'imprécision doctrinale, p 267

2) L'Etat fédéral: Etat de production décentralisé de la norme seconde, p 269

B) Les Etats déconcentrés en matière législative, p 270

1) L'absence de garantie de l'existence de la faculté de statuer non centrale, p 271

2) L'absence de garantie de l'autonomie de la faculté de statuer non centrale, p 271

II) La libre administration ou la décentralisation réglementaire, p 272

A) Définition de l'Etat décentralisé en matière réglementaire, p 272

B) La déconcentration réglementaire, p 273

1) L'absence de garantie de l'existence de la faculté de statuer non centrale, p 273

2) L'absence de garantie de l'autonomie de la faculté de statuer non centrale, p 274

CONCLUSION de la 2^{ème} partie, p 276

3^{ème} PARTIE La pratique française de la division des facultés, p 279

Chapitre I) La France " collectivité locale ", p 280

Section I) La France " collectivité locale " dans la Communauté franco-africaine, p 280

I) Un ordre juridique communautaire contesté, p 282

A) Les arguments de la contestation, p 282

1) Les piliers de la contestation, p 282

a) La contestation liée aux circonstances de la naissance, p 283

b) L'absence de reconnaissance internationale de la Communauté, p 283

c) L'identité institutionnelle, facteur de la confusion Communauté - République, p 284

2) Des piliers soutenant la confusion avec la tutelle internationale, p 285

B) Les éléments de la reconnaissance d'un ordre juridique communautaire hiérarchisé, p 287

1) L'attribution des facultés, p 288

a) La faculté de statuer, p 288

b) La faculté d'empêcher, p 290

2) Le droit des citoyens communautaires de se prévaloir de l'organisation du pouvoir normatif, p 292

II) Une Communauté quasi fédérale, p 293

S/Paragraphe I) La faculté de statuer des Etats membres, p 293

I) L'intervention des Etats membres et des organes communautaires dans le domaine législatif, p 294

A) La capacité législative des Etats membres, p 294

B) La capacité législative du Président de la Communauté, p 295

II) L'absence de subordination de la faculté de statuer des Etats membres à celle du Président de la Communauté, p 297

S/Paragraphe II) Les facultés d'empêcher dans la Communauté, p 298

I) La faculté d'empêcher communautaire, p 298

II) La faculté d'empêcher des Etats membres, p 301

A) Des hypothèses extrêmes, p 301

B) Une faculté soumise au veto de la République, p 302

Section II) La France " collectivité locale " en Europe, p 304

I) Un ordre juridique distinct de celui des Etats membres, p 305

A) Les facultés de statuer dans l'ordre communautaire, p 305

1) L'organisation des facultés de statuer, p 305

a) L'organisation formelle, p 305

-La hiérarchie des actes communautaires, p 306

-Les titulaires d'une faculté de statuer communautaire, p 307

b) L'organisation matérielle des facultés de statuer, p 308

2) L'exercice largement discrétionnaire de la faculté de statuer, p 310

B) Les facultés d'empêcher dans l'ordre communautaire, p 311

1) L'absence de faculté d'empêcher au profit des Etats membres, p 312

a) Le refus d'une faculté d'empêcher étatique unilatérale ou l'effet direct du droit communautaire, p 312

b) Le recours en annulation, p 314

2) Les facultés d'empêcher reconnues aux citoyens, p 315

a) Le difficile accès aux voies d'action directe en faveur du respect de l'organisation du pouvoir normatif, p 316

a-1) L'admission exceptionnelle des recours directs des particuliers, p 316

a-2) L'action médiatisée des particuliers, p 318

b) Le recours préjudiciel, p 319

II) Un ordre décentralisé et déconcentré, p 321

S/Paragraphe I) Les pouvoirs publics français, éléments déconcentrés du pouvoir normatif européen, p 321

I) Les modalités d'organisation de la déconcentration communautaire, p 322

A) Une organisation déconcentrée calquée sur le modèle allemand, p 322

B) Le contrôle des Communautés sur la mise en oeuvre du droit communautaire, p 325

1) La mise à l'écart des organes législatifs étatiques, p 325

2) Le rôle subordonné des organes étatiques, p 327

II) Les piliers de l'organisation déconcentrée, p 329

A) La primauté du droit communautaire, p 329

B) L'effet direct des directives, p 331

1) L'affirmation contestée de l'effet direct des directives, p 331

a) L'affirmation de l'effet direct des directives, p 332

b) La contestation nationale française, p 333

2) L'admission de l'effet direct des directives par le juge national, p 334

a) Une admission sous réserve, p 334

b) une réserve en voie de disparition ? p 338

S/Paragraphe II) La Communauté, une organisation du pouvoir normatif de type fédéral ?, p 340

A) La subsidiarité, élément de la garantie de la faculté de statuer des Etats membres, p 340

1) La réduction du champ d'application du principe, p 341

2) La limitation de la portée du principe par ses conditions de mise en oeuvre, p 342

B) L'intervention du Parlement français en vue de garantir la faculté de statuer de la République, p 344

1) L'initiative du Sénat, p 344

2) L'initiative de l'Assemblée Nationale, p 347

a) La marginalité de la procédure au plan interne, p 348

b) L'absence d'effet de la procédure au plan communautaire, p 350

CHAPITRE II) La France des collectivités locales, p 352

Section I) La France déconcentrée, p 353

I) La déconcentration législative, p 353

A) Le principe de spécialité législative fondement de la déconcentration, p 353

1) L'affirmation du principe de spécialité, p 353

2) Le contenu du principe de spécialité, p 355

- a) Le domaine de la spécialité territoriale, p 356
- b) Les lois non soumises à la consultation préalable des Assemblées territoriales, p 360
- B) L'expression de la déconcentration: une faculté de statuer subordonnée, p 363
 - 1) Le caractère réglementaire des actes territoriaux, p 363
 - 2) Le pouvoir de substitution du législateur, p 366
 - a) Les limites formelles du pouvoir de substitution, p 366
 - a-1) La nature de l'acte de substitution, p 366
 - a-2) La consultation préalable des Assemblées territoriales, p 368
 - b) Un pouvoir de substitution matériellement illimité, p 369
 - II) La déconcentration réglementaire, p 371
 - A) Le Conseil Municipal, organe déconcentré, p 372
 - 1) La déconcentration financière, p 373
 - a) Le système antérieur à 1982, p 373
 - b) la "déconcentralisation" financière depuis 1982, p 374
 - 2) La déconcentration en matière d'urbanisme, p 375
 - A) Le Maire, organe déconcentré, p 378
 - 1) Une subordination personnelle très relative, p 378
 - 2) Le Préfet substitué au Maire, p 380
 - a) L'identité du but poursuivi par le Maire dans les deux hypothèses, p 380
 - b) La similitude des pouvoirs du Préfet dans les deux cas, p 382
 - La parenté de la faculté d'empêcher du Préfet et du contrôle sur les actes de police municipale, p 383
 - L'identité du moyen d'exercice de la faculté de statuer du Préfet, p 385
- Section II) La France " déconcentralisée ", p 388
 - I) Le bouleversement de la déconcentralisation en 1982, p 388
 - A) La déconcentralisation avant 1982, p 388
 - 1) L'expression personnelle de la déconcentralisation, p 389
 - a) Le cumul de deux facultés dans les mains du Préfet, élément de la déconcentralisation, p 389
 - b) L'identité du titulaire de la faculté d'empêcher et de la fonction exécutive régionale et/ou départementale, p 391
 - 2) L'expression formelle de la déconcentralisation, p 391
 - B) La rupture de 1982, p 394

1) Les éléments de la rupture, p 394	
2) Les modalités de la rupture, p 396	
a) La garantie de la faculté de statuer locale, p 396	
b) La garantie de l'unité juridique, p 399	
II) Le maintien d'un régime de déconcentration après 1982, p 402	
A) Le refus d'une faculté d'empêcher les organes centraux, p 403	
1) Le refus d'une faculté d'empêcher au profit des organes locaux, p 404	
a) L'admission marginale du refus collectif, p 404	
b) La reconnaissance d'un droit à la dissidence individuelle, p 405	
2) Le refus d'une faculté d'empêcher populaire, p 406	
a) Des modalités restrictives d'organisation, p 407	
b) La nécessaire pondération de l'expression populaire, p 409	
B) Le refus d'une association des organes locaux à la faculté de statuer centrale, p 411	
1) La revendication d'un pouvoir normatif local - national, p 411	
2) L'esquisse d'une association au pouvoir normatif central, p 415	
Conclusion de la 3 ^{ème} Partie, p 421	
Conclusion générale, p 423	
Bibliographie, p 426	
Table des matières, p 459	